

استدلال از طریق قیاس در حقوق بین الملل عمومی

نوشته: ژان. ژ. ا. سالمون*

ترجمه و تحقیق: دکتر سیدعلی هنجنی^۱ - رحیم نوبهار^۲

فهرست مطالب

مقدمه ترجمه و تحقیق

بخش نخست: تعاریف

۱- قیاس

۲- قیاس منطقی

۳- استقرا

۴- آثار قیاس

بخش دوم: نقش قیاس در حقوق موضوعه

۱- نقش کاشف

۲- نقش تأییدی

۳- نقش تفسیری

۴- نقش انشایی برای پر کردن خلأ و سکوت

*. Jean J.A. SALMON.

۱. دانشیار دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی.

۲. مربی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی.

بخش سوم: منابع مقیس علیه (اصل)

۱- قیاس مبتنی بر قواعد حقوق داخلی

۲- قیاس برگرفته از خود قواعد حقوق بین الملل

بخش چهارم: دامنه حجیت قیاس

۱- فقدان شرایط لازم

۲- مشروعیت یا قانونیت قیاس

چکیده

این مقاله پس از مروری بر ماهیت قیاس حقوقی، قیاس منطقی و استقرا، به بررسی آثار قیاس (Analogy) در حقوق بین‌الملل عمومی می‌پردازد. نویسنده اغلب با ذکر نمونه‌هایی در حقوق بین‌الملل عمومی، نقش‌های زیر را برای قیاس قائل شده است: نقش کاشفیت در قلمرو دکترین به معنای دخالت قیاس در ابداع قواعد نوین؛ نقش تأییدی به معنای استناد به قیاس برای تصدیق و تأیید تفسیرهایی که از متون مقررات بین‌المللی به عمل آمده است؛ نقش تفسیری به معنای کاربرد قیاس در جستجوی اراده نویسندگان متون و حتی انشای قاعده جدید که با قواعد مذکور در متن، وحدت ملاک حقوقی دارد؛ و نیز نقش قیاس در پر کردن خلأها و موارد سکوت مقررات یا معاهدات بین‌المللی.

مقاله در ادامه به بررسی شیوه تعامل میان حقوق داخلی و حقوق بین‌الملل در زمینه تبادل منابع قیاس و محدودیت‌هایی که فراروی این تعامل وجود دارد، می‌پردازد. نویسنده این دیدگاه را تقویت می‌کند که به دلیل مشکلاتی که در زمینه تعمیم اصول و مقررات حقوق داخلی کشورها به نظام حقوق بین‌الملل وجود دارد، اقتباس منابع قیاس از نمونه‌ها و موارد بین‌المللی به جای نمونه‌های حقوق داخلی به کارگیری قیاس را با دشواری کمتری روبرو می‌سازد. نویسنده سرانجام به تبیین محدودیت‌هایی که استدلال براساس قیاس با آن روبرو است می‌پردازد و موضعی ملایم و راهی میانه را برمی‌گزیند تا ضمن به کارگیری قیاس در راستای کارآمدی و پویایی نظام حقوق بین‌الملل، آنچه از متون و قراردادهای بین‌المللی اراده شده نیز مورد توجه قرار گیرد و مفسران متون به جای کشف اراده قانونگذاران و نویسندگان معاهدات بر کرسی قانونگذاری ننشینند.

مقدمه

واژه قیاس، مصدر باب مفاعله از فعل قاسی یقاسی مقاساء و قیاساً است. قیاس از نظر لغوی به معنای اندازه گیری و مقایسه کردن است. قیاس در علم منطق به معنای مجموع قضایایی است که هرگاه پذیرفته شوند، نتیجه خاصی لازمه قطعی آن است. منطق دانان، قیاس را یکی از اقسام حجت و یگانه شیوه استدلال علم آور می دانند. با این حال در دانش فقه و حقوق هرگاه سخن از قیاس به میان می آید، بیشتر مقصود چیزی است که منطق دانان آن را «تمثیل» می نامند. تمثیل یا قیاس حقوقی عبارت است از این که به دلیل جهت مشترک و تشابهی که میان دو چیز وجود دارد؛ از علم به حکم یکی به حکم دیگری پی ببریم؛ مانند این که پس از علم به حرمت خمر به دلیل مست کنندگی، حرمت مایع مست کننده دیگری را اثبات نماییم. در منطق براین شیوه استدلال که تنها مفید ظن و گمان است، تأکید نمی شود؛ برعکس در فقه و حقوق - به ویژه در برخی از مکاتب فقهی و نظام های حقوقی - اهتمام خاصی به قیاس وجود دارد.

قیاس دارای چهار رکن است؛ ۱- اصل ۲- فرع ۳- جامع یا علت و ۴- حکم. مقصود از اصل، آن امر جزیی است که حکم آن روشن است؛ مانند «خمر» در مثال پیشین. فرع، امر جزیی است که در پی اثبات حکم آن هستیم، مانند مایع مست کننده ای جز خمر در مثال گذشته. جامع، وجه شبهی است که میان اصل و فرع وجود دارد؛ در مثال گذشته، مست کنندگی وجه تشابه میان خمر و مایع مست کننده است. حکم، چیزی است که در مورد اصل، ثابت و قطعی است و قصد داریم آن را برای فرع نیز اثبات کنیم.

در فقه و حقوق برای قیاس انواعی همچون: قیاس منصوص العله، قیاس اولویت، قیاس جلی و قیاس مستنبط العله ذکر شده است. همه انواع قیاس از ارزش و اعتبار یکسانی برخوردار نیست؛ در حالی که قیاس منصوص العله حجت و لازم الاتباع است، قیاس مستنبط العله به ویژه آن گاه که استنباط علت از راه ظن و گمان باشد، اعتباری ندارد؛ ضمن این که چنان که دانشمندان علم اصول و فقه گفته اند: حجیت و اعتبار برخی از انواع قیاس در واقع به اعتبار ظهور و کلام برمی گردد. پشتوانه اعتبار این گونه قیاس ها همان ادله ای است که بر حجیت ظواهر دلالت دارد.

قیاس در نظام های حقوقی و مکاتب فقهی گوناگون نیز از ارزش یکسانی برخوردار نیست؛ در آن دسته از نظام های حقوقی و فقهی که در مقام تفسیر متن، اهتمام اصلی به کشف مراد قانونگذار آن هم از راه تفسیرهای ادبی است، معمولاً به قیاس بهای کمتری داده می شود.

در قلمرو مکاتب فقهی نیز درباره اعتبار و ارزش قیاس، اختلاف نظر شدیدی وجود دارد؛ ابوحنیفه از امامان مذاهب اربعه اهل سنت (۱۵۰-۲۲۰ هـ) چنان به قیاس اهتمام می ورزید که او و یارانش به اصحاب رأی شهرت یافته اند. از جمله دلایل اهتمام ابوحنیفه به قیاس این بود که وی شمار روایات معتبر و قابل استناد را بسیار اندک می دانست. برعکس، مالک، احمد بن حنبل، شافعی و دیگر امامان مذاهب اهل سنت، اهتمامی به قیاس نداشتند. در مکتب اهل بیت علیهم السلام نیز شیوه استنباط احکام از راه قیاس - به ویژه آن گونه که توسط ابوحنیفه و یاران وی رایج بود - سخت مورد نکوهش قرار گرفته و قیاس مایه نابودی و تباهی دین به شمار آمده است.

قیاس در حوزه ابواب گوناگون فقه از ارزش و اعتبار یکسانی برخوردار نیست؛ برای نمونه در باب عبادات که معمولاً رمز و راز احکام شرعیت روشن نیست و دستیابی به «علت» احکام ناممکن است، قیاس از کارآیی کمتری برخوردار است؛ حال آن که در حوزه معاملات و امور عرفی و عقلایی چه بسا استنباط احکام از راه قیاس با دشواری کمتری روبرو باشد.

منطقیان اروپایی نیز درباره ماهیت و ارزش قیاس نظریه‌های گوناگونی دارند؛ به نظر هاملین (Hamelin) در قیاس، ذهن به مشابیه‌های ظاهری اکتفا می‌کند، بی‌آن که از ادراک این مشابیه‌ها پا فراتر نهد و به علت حقیقی دست یابد. کورنو (Courno) برعکس قیاس را عبارت از سیر و ارتقای ذهن از موارد مشابه به علت مشابیه می‌داند و آن را بالاتر از استقرا که تعمیمی ساده است، قرار می‌دهد. رایبه (Rabier) نیز آن را استدلالی می‌داند که از استقرا و قیاس ترکیب یافته است.

باری قیاس در رشته‌های گوناگون حقوق، اعتبار یکسانی ندارد. در حوزه حقوق جزا استفاده از قیاس گاه با اصل مهم قانونی بودن جرم و مجازات و نیز اصل: «تفسیر شک به سود متهم» ناسازگار است؛ حال آن که در عرصه حقوق مدنی چنین محظوری وجود ندارد. در حقوق ایران با قطع نظر از امور کیفری که قیاس در آن با محذور یاد شده مواجه است به ممنوعیت قیاس تصریح نشده است؛ اصل ۱۶۷ قانون اساسی قاضی را موظف نموده تا در صورتی که حکم دعوا را در قانون نیابد، برپایه منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر حکم نماید؛ به دلیل روایات فراوانی که در نكوهش قیاس وجود دارد، علی‌القاعده در فقه شیعی فتوای مبتنی بر قیاس،

فتاوی معتبر یا مستند به منبع معتبر نیست. با این حال پیشتر در ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸ به قضات اجازه داده شده بود تا در صورتی که حکم دعوا را در قوانین موضوعه نیابند، موافق روح و مفاد قوانین موضوعه و عرف و عادات مسلم، قضیه را حل و فصل نمایند.» موافقت با روح قانون با قیاس حقوقی از نوع مستنبط‌العله بی‌ارتباط نیست؛ اما در قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۷۹ موافقت با روح قانون حذف شد و بر لزوم استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر و اصول حقوقی که مغایر با موازین شرعی نباشد، تأکید شده است. شاید بتوان مواردی از قیاس مقبول را نوعی استناد به اصول حقوقی به شمار آورد.

در حوزه حقوق بین‌الملل مبحث قیاس دارای اهمیت خاصی است؛ از آن‌رو که در بسیاری از عرصه‌های بین‌المللی قواعد لازم‌الاجرا تصویب نشده است؛ از این‌رو حقوقدانان ناگزیرند از محتوا و مضامین قواعد و اصول پذیرفته شده داخلی کشورها الهام جویند و هنجارهای بین‌المللی را متناسب با آن‌پی‌ریزی کنند. در واقع در هر قلمروی که نصوص قانونی کمتر است، نیاز به قیاس شدیدتر می‌شود. با توجه به این که تمام اصول مشترک پذیرفته شده در نظام‌های حقوق داخلی در نظم بین‌المللی قابل اعمال نیست، شناخت اصول قابل انتقال دارای اهمیت خاصی است و در این باره قیاس می‌تواند همچون ابزاری ما را در راستای شناسایی اصول متناسب با حقوق بین‌الملل یاری رساند. از سوی دیگر بر پایه قاعده‌ای که معمولاً در حقوق داخلی کشورها به رسمیت شناخته شده، قاضی ناگزیر است قوانین و اصول کلی و عام را بر موارد خاص تطبیق دهد و برای مشکلات، راه‌حل قطعی

بیابد؛ اما در عرصه حقوق بین‌الملل با توجه به کمبودهای شدیدی که در زمینه هنجارهای مصوب وجود دارد، چه بسا حقوقدان، داور یا قاضی می‌تواند با استناد به فقدان قاعده حقوقی لازم‌الاجرا از رسیدگی به دعوا خودداری کند. در نگاه پوزیتیویستی که ماهیت حقوق بین‌الملل را قراردادی می‌داند، قیاس برای پر کردن خلأهای موجود نباید نقشی ایفا نماید؛ جز این که خلاف آن به طور صریح، پیش‌بینی شده باشد. حتی اگر ضمن قرارداد به قاضی اجازه پر کردن خلأهای موجود از طریق قیاس داده شود، در واقع، قاضی را به قانونگذار تبدیل کرده‌ایم؛ حال آن که وظیفه قاضی، اصولاً قضاوت بر مبنای قواعد و مقررات موجود است. با توجه به چنین مشکلاتی بسیاری از حقوقدانان استناد به قیاس را رد نموده‌اند.

با این همه به لحاظ این که قیاس یک روش استدلال اساسی و اجتناب‌ناپذیر در قلمروی حقوق است، دانشمندان حقوق بین‌الملل برای آن نقش کاشف، تأییدی و تفسیری قائل شده‌اند. استفاده از قیاس و نتایج حاصل از آن برای بازسازی فکری یا ارزیابی عناصر مؤثر در استدلال نمی‌تواند در همه موارد، ناسازگار با ایده قانونگذار ارزیابی شود. پذیرش قیاس در ادبیات حقوقی گاه می‌تواند مایه بازسازی مفهومی شود که بعداً نتوان به آسانی آن را رد کرد.

مقاله‌ای که ترجمه و تحقیق آن پیش روی شماست نوشته Jean J.A. Salmon است. نامبرده اهل بلژیک، متولد ۱۹۳۱ و دارای دکترای حقوق از دانشگاه آزاد بروکسل (۱۹۵۴)، دکترای حقوق بین‌الملل عمومی از دانشگاه پاریس (۱۹۵۶) و نیز دکترای افتخاری از دانشگاه رنس فرانسه

(۱۹۷۸) است. او دارای مشاغل علمی و تحقیقاتی گوناگونی بوده است که برخی از آنها عبارتند از:

مدرس حقوق در دانشگاه آزاد بروکسل از سال ۱۹۶۱

دبیر انجمن مطالعات اروپایی بروکسل (۱۹۶۷-۱۹۶۳)

مدیر مرکز حقوق بین‌الملل و جامعه‌شناسی کاربردی در حقوق

بین‌الملل

رئیس دانشکده حقوق و عضو شورای مدیریت دانشگاه (۱۹۸۰-

۱۹۷۷)

دبیر انجمن حقوق بین‌الملل (۱۹۶۵-۱۹۵۶) و عضو انجمن از سال

۱۹۷۹

مدیر مجله بلژیکی حقوق بین‌الملل (۱۹۶۴)

معاون مجمع بین‌المللی حقوقدانان دموکرات

عضو دیوان دایمی داوری (۱۹۷۷)

مقاله به زبان فرانسوی نگاشته شده و مشخصات آن چنین است:

Jean J.A. SALMON

LE RAISONNEMENT PAR ANALOGIE EN DROIT

INTERNATIONAL PUBLIC

Le Droit des peuples à disposer d'eux-mêmes (Methodes d'analyse du droit international), Melanges offerts à Charles Chaumont, Paris 1984, pp. 495-525

محتوای مقاله به ویژه بخش‌های آغازین آن به خوبی نشانگر دانایی نویسنده به مبانی حجیت قیاس منطقی، تمثیل (قیاس حقوقی) و استقرا است. گرچه مواردی که به عنوان شاهد و نمونه در متن مقاله ذکر شده، پرونده‌های نسبتاً قدیمی است، اما اصولی که شیوه‌های قیاسی و تنقیح مناط و الغای خصوصیت را می‌آموزد، نو و در حد خود جالب و خواندنی است. افزون بر ارجاعات مقاله که در برخی موارد جنبه توضیحی دارد و به ترجمه آن اقدام شده و افزودنی‌هایی که برای تشریح مطالب میان دو قلاب [] قرار گرفته، در مواردی که لازم دانسته شده به ویژه در تبیین مباحث منطقی نیز توضیحاتی افزوده شده که در پاورقی آمده و با علامت (م.) مشخص شده است.

در ترجمه و تحقیق مقاله از منابع زیر استفاده شده است:

- ۱- آکادمی لاهه، مجموعه دروس آکادمی حقوق بین‌الملل (R.C.A.D.I)، جلد ۱۷۵.
- ۲- اصغری، سیدمحمد، قیاس و سیر تکوین آن در حقوق اسلام، کیهان، چاپ دوم، ۱۳۷۰.
- ۳- خندان، سیدعلی اصغر، منطق کاربردی، سمت و طه، تهران و قم، چاپ اول، ۱۳۷۹.
- ۴- خوانساری، محمد، منطق صوری (ج ۱ و ۲)، چاپ ۲۳، ۱۳۷۹، آگاه.
- ۵- گندمی نصرآبادی، رضا، معمای جدید استقرا، دانشگاه مفید، چاپ اول، ۱۳۸۱.

- ۶- لالاند، آندره، فرهنگ علمی و انتقادی فلسفه، ترجمه: وثیق، غلامرضا، فردوسی، ایران، چاپ اول، ۱۳۷۷.
- ۷- المظفر، محمدرضا، المنطق، مطبعة النعمان، نجف، ۱۹۶۸ م.
- ۸- موحد، ضیاء، درآمدی به منطق جدید، شرکت انتشارات علمی و فرهنگی، چاپ دوم، ۱۳۷۳.

استدلال از طریق قیاس در حقوق بین الملل عمومی

شارل شومون (Charles Chaumont) که (این مقاله به افتخار شخصیت علمی وی ارائه گردیده است) بارها با مسأله قیاس در مسیر کار عملی خود روبرو شده است. او راجع به قیاس در جاهای مختلف، تحقیق و تفحص‌های همراه با نقد انجام داده که کوشش خواهیم کرد آنها را بررسی کنیم. نخست باید دید موضوع بحث چیست؟ کلمه قیاس ممکن است چند معنی داشته باشد؟

به علاوه چه روابطی میان قیاس^۳ و مفاهیم دیگر مانند قیاس منطقی و استقرا وجود دارد؟ ابتدا باید دید هر یک از اینها چه کاربردی دارند؟

۳. در منطق تمثیل نامیده می‌شود. (م.)

بخش نخست تعاریف

۱- تمثیل (قیاس حقوقی)*

الف) در معنای رایج و در نگاهی غیرشفاف، کلمه قیاس عبارت است از تشابه کم یا بیش دور میان چیزهایی که از جنبه‌های کلی با یکدیگر اختلاف دارند.^۴ در چنین معنایی، استدلال از طریق قیاس یا همانندی عبارت است از این که براساس تشابهی نه چندان واضح که میان موضوعات مورد استدلال وجود دارد، نتایجی را استخراج کنیم.^۵ در بخش‌های بعدی خواهیم دید که در راستای معنای فوق قیاس به لحاظ اعمال قواعد حقوقی، به هنگام تعمیم مفهوم یک لفظ و توسعه آن نسبت به وضعیت‌های مشابه، دارای فوایدی است.

ب) قیاس در معنای نخستین آن که ما آن را قیاس - تناسب** می‌نامیم، عبارت است از همانی یا یکسانی نسبتی که اجزای دو یا چند پیکر*** را دو به دو به هم متصل می‌کند. نمونه معروف در این مورد تناسب ریاضی $\frac{۲}{۴} = \frac{۱}{۲}$ است. با علم به سه جزء همواره می‌توان جزء

*. Analogie.

4. Voy. les définitions de Lalande A., Vocabulaire technique et critique de la philosophie, P.U.F., 13^e éd., 1980, p. 51; Akoun A., La philosophie, C.E.L.P., Paris, 1977, p. 18; Foulquie P. et Saint-Jean R., Dictionnaire de la langue philosophique, P.U.F, 1978, p. 28.

۵. نگاه کنید، همان نویسندگان.

** . Analogie-proportion.

***. Couple.

چهارم را براساس نسبتی که با سومی دارد و با نسبت دومی با اولی یکسان است، به دست آورد.^۶

استدلال از طریق قیاس در این معنا (ب) عبارت است از تعیین یک جزء با علم به دو جزء یکی از پیکرها و یکی از اجزاء پیکر دوم، با علم به این که میان پیکرها همانی نسبت برقرار است. در قالب ریاضی محض، چنین استدلالی با حقوق بیگانه است؛ اما اگر اعداد را با مفاهیم جایگزین کنیم به همانی یا تساوی نسبت‌هایی می‌رسیم که کاربرد حقوقی آن جالب توجه است؛ مانند این که بگوییم: بلژیکی نسبت به بلژیک مثل فرانسوی نسبت به فرانسه است و سپس نتیجه واحد «تبعه» یا «شهروند» را استخراج کنیم. این نوع استدلال هرچند معمول است، اما در حقوق چندان فایده‌ای ندارد. همانی یا تساوی که از این گونه استدلال به دست می‌آید در زمینه اعمال قاعده حقوقی بر وضعیت‌های یکسان، امر مفروضی است.^{*}

ج) در معنای سوم، قیاس عبارت است از مشابهت^{**} میان دو یا چند حد^{***} (termes) برحسب نسبت مشترک آنها با حد در قضیه‌ای دیگر؛ که از آن نسبت یا قدر مشترک به عنوان وجه تشابه استفاده می‌شود.^۷ در این

6. Lalande, op. cit., p. 51; Akoun, op. cit., p. 18; Foulquié et Saint-Jean, op. cit., p. 28; Mouy P., Logique, Hachette, 1944, p. 216.

*. در واقع استدلال به این شیوه نتایج قابل توجهی برای حقوقدان به ارمغان نمی‌آورد؛ زیرا معنای آن گویی به این مطلب باز می‌گردد که مفهوم کلی، مصادیق متعدد خود را دربرمی‌گیرد و این کشف جدیدی نیست. (م.)

** Ressemblance.

***. موضوع و محمول هر قضیه را اصطلاحاً دو حد آن قضیه می‌نامند. (م.)

۷. آکون، همان ص ۱۹.

حالت، استدلال براساس قیاس عبارت است از این که برپایه وجود مشابهت میان حدود دو یا چند قضیه، همانی یا یکسانی حکم آنها به دست آید. از نظر پرلمن* «قیاس تنها تشابه میان حدود دو یا چند قضیه نیست؛ بلکه تشابه میان ساختارها [ی دو قضیه] و نیز تشابه میان نسبت‌های حکمیه را نیز دربرمی‌گیرد. قیاس به جای آن که رابطه تشابه باشد تشابه نسبت‌ها و رابطه‌ها است».^۸ او می‌گوید: «قیاس نسبتی را میان دو یا چند چیز برقرار می‌کند: «الف» نسبت به «ب» مانند «ج» نسبت به «د» است. در استدلال از راه قیاس باید به وسیله رابطه‌ای معلوم (ج برای د) که آن را اصل یا مقیس علیه (phore) می‌نامیم رابطه‌ای کمتر شناخته شده (الف برای ب) که فرع یا مقیس (thème) نامیده می‌شود، روشن گردد. همین رابطه عدم قرینه** میان فرع و اصل است که قیاس را از تناسب ریاضی که تساوی رابطه‌ها در آن کاملاً حالت قرینه دارد، متمایز می‌سازد. در تناسب ریاضی، نسبت‌های کاملاً صوری میان عناصر همگن وضع می‌کنیم. همگنی اخیر در قیاس قابل تصور نیست؛ چون خاصیت و کارکرد معرفت‌شناختی*** قیاس که عبارت است از شناخت بهتر و ساختار بخشی و ارزیابی [حکم] فرع به کمک اصل، مستلزم عدم همگنی عناصر است.^۹

*. Perelman.

8. Perelman C., "Analogie et métaphore en sciences, poésie et philosophie", Le champ de l'argumentation, P.U.B., Bruxelles, 1970, p. 272; Perelman C. et Olbrechts-Tyteca L., La nouvelle rhétorique, Traité de l'argumentation, 2 tomes, P.U.F., 1958, p. 500.

** Asymétrie.

***. Épistémologique.

9. Perelman C., Méthodes du droit, Logique juridique, Nouvelle rhétorique, Dalloz, 1976, § 68, p. 129.

تعریفی که موریس دورل* در کتاب خود با نام «استدلال براساس قیاس» به دست می‌دهد دومین و سومین معنا را دربردارد:

«... استدلال براساس قیاس عبارت است از تکیه بر تشابه یا حتی همانی حدود دو قضیه و یا تشابه ظاهری دو نسبت، برای رسیدن از ماهیت معلوم (یا مفروض) یکی از آنها به ماهیت دیگری. در تمام حالات، چنین استدلال می‌کنیم که یک وضعیت مشخص در یک گروه دیگر نیز وجود دارد و با استناد به آن، تشابه (یا حتی همانی) سایر خصوصیات را به دست می‌آوریم.»^{۱۰}

توسل به قیاس در معنای تشابه نسبت‌ها یا تشابه وظایف و احکام در حقوق بسیار است و بنابراین در حقوق بین‌الملل عمومی نیز فراوان است. بدون آن که فعلاً بخواهیم راجع به درستی استناد به قیاس بحث کنیم، مثال‌های زیر را می‌توان ذکر کرد:

برای پاسخ به این سؤال که آیا کانال کیل حتی زمانی که کشتی‌های حامل پرچم کشوری که در حال جنگ با کشوری ثالث است از آن عبور می‌کنند باید به روی کشتی‌رانی باز باشد یا نه، آیا برای استدلال در این مورد می‌توان به مقررات حاکم بر کانال سوئز و کانال پاناما یا حتی تنگه‌های بین‌المللی رجوع کرد؟ برای تعیین این که بدانیم آیا سازمان ملل متحد می‌تواند متکفل حمایت دیپلماتیک از کارکنان خود گردد آیا می‌توان براساس قیاس به حمایت دیپلماتیک دولتها نسبت به

*. Maurice Dorolle.

10. Paris, P.U.F., 1949, p. 47.

اتباع خود استناد نمود؟ اگر استدلال کنیم که فلان سازمان بین‌المللی دارای فلان امتیاز مالیاتی هست یا نه آیا می‌توان پاسخ را از متون قراردادی یا عملکرد دولتها درباره سایر سازمان‌های بین‌المللی برگرفت؟ راجع به یک قرارداد استقراض میان دو دولت آیا درست است که برای یافتن راه‌حل برخی از مسائل [اختلافی]، به قواعد داخلی (حاکم بر اشخاص حقوقی) رجوع کنیم؟ (مثلاً به احکام فورس ماژور).

۲- قیاس منطقی (استنتاج)*

قیاس منطقی یا استنتاج از نظر لالاند** عبارت است از «عملی که براساس آن از یک یا چند قضیه به عنوان مقدمات به یک قضیه که نتیجه لازم و قطعی آن است*** می‌رسیم.»^{۱۱} قیاس اقترانی**** شایع‌ترین نوع استدلال منطقی است. اگرچه به این شیوه خرده گرفته‌اند، اما عموماً گفته می‌شود که استنتاج منطقی استدلالی است که انسان را از اصل به نتایج آن می‌رساند؛^{۱۲} یا به تعبیری دیگر از کلی به جزئی رفتن است. شاید قیاس منطقی غیر از گذر از کلی به جزئی بتواند شکل‌های دیگری نیز به خود گیرد، اما نوع فوق یعنی رسیدن از کلی به جزئی را از آن جهت مورد توجه

*. Dédution.

** . A. Lalande.

***. تأکید می‌کنیم چنان که نویسنده تصریح نموده قطعی بودن نتیجه، وصف قیاس منطقی است، اما قیاس حقوقی که مؤلف پس از این به توضیح آن می‌پردازد، کمتر قطعی است و اغلب مفید ظن است. (م)

11. Lalande, op. cit., p. 204, Voy, Dans le même sens Foulquié et Saint-Jean, op. cit., p. 154.

****. Syllogisme.

12. Mouy, op. cit., p. 205.

قرار خواهیم داد که در استدلال‌های حقوقی به هنگام تطبیق یک قاعده بر مورد خاص، مبنای استدلال بر آن استوار است.

تعریفی را که پ. پسکاتور* درباره اعمال قاعده حقوقی به دست داده، متذکر می‌شویم. او می‌گوید:

«اعمال قاعده حقوقی یعنی برقرار کردن ارتباط میان وقایع عینی مورد

نظر با شرایط اعمال یک قاعده حقوقی؛ به منظور استنتاج مطلوب از مفاد

آن قاعده.»^{۱۳}

برقراری ارتباط میان وقایع عینی یا مصادیق و امور حقوقی در نظر اول عمل ساده‌ای است و چیزی جز این که جزیی و مصداق یا فرد را جزء نوع خود درآوریم نیست، این خود یک نوع استدلال است که مصادیق [یک مفهوم کلی] روشن شود و مضمون حکم آن کلی قرار گیرند. در این جا استدلال همین است که مصادیق [یک مفهوم کلی] روشن شود و مضمون حکم آن کلی قرار گیرند. در این جا استدلال قیاسی نیست؛ زیرا فرع و اصل هر دو مصداق و حالتی از یک قاعده هستند.^{۱۴} با این حال به دلایل متعدد که در جای دیگر از آن بحث کرده‌ایم،^{۱۵} تطبیق قاعده بر مورد عینی و خارجی، یا تصمیم به پذیرش یک وضعیت خاص به عنوان یک مورد از موارد جریان آن قاعده، یک عمل کاملاً مکانیکی نیست. مصادیق حقوقی که در قالب یک قاعده جای می‌گیرند و قاعده، شامل آنها

*. Pierre Pescatore.

13. Pescatore P., Introduction à la science du droit, 1960, p. 246.

14. Perelman, Traité, op. cit., p. 502.

15. Salmon J., "Le fait dans l'application du droit international", R.C.A.D.I., t.175, pp. 261 ss.

می‌شود، غالباً دارای عناصر غیردقیق یا غیرواضح است که ناشی از جنبه معنا شناختی یا بار ارزشی یا انتزاعی بودن آن است. بنابراین اغلب اتفاق می‌افتد که مفسر یا قاضی دچار تردید شده، نمی‌داند که آیا وقایع عینی مورد بررسی او کاملاً با امور حقوقی که قاعده آن را بیان می‌کند مطابق است یا نه؟ پس اگر وقایع مذکور تماماً با آنچه قاعده بیان کرده همانی نداشته باشند، اگر از بعضی جوانب با آن تشابه داشته و از جهاتی نداشته باشند تصمیم گرفتن درباره این که آنها را از مصادیق قاعده مزبور بدانیم، در حقیقت یک استدلال قیاسی است.

از نظر رایبه:

«منطق‌دانی که می‌خواهد الفاظ مشخص را بر امور مشخص تطبیق دهد باید (...) کلمه قیاس در معنای کلی آن را در دو وجه دارای معنا بداند: یکی قیاس منطقی یا استنتاج* به این معنا که قانون را بر موارد خاص مورد نظر قانون و تقریباً یکسان با مورد ذهنی که در قانون پیش‌بینی شده و در حقیقت با آن فرق دارد تطبیق دهد؛ و دوم قیاس منطقی یا استنتاج به این معنا که یک قانون را به موارد تقریباً مختلف با موارد ذهنی پیش‌بینی شده در موارد عینی آن، گسترش دهد.»^{۱۶}

*. Déduction.

۱۶. به نقل از Dorolle، مذکور، صص ۴۹-۵۰، نیز نگاه کنید به عقیده مشابه، منقول از او متعلق به جان استوارت میل، مذکور ص ۱۱۸.

سخن فوق به ویژه از آن جهت درست است که قاعده ممکن است با تفسیری که در جریان اجرای آن به عمل می‌آید، تغییر کند.^{۱۷} از همین رو مشکل خواهد بود که میان تفسیر موسّع که به قاعده فقط معنای حقوقی واقعی آن را می‌بخشد و تفسیر از طریق قیاس (همانندی) فرق گذاشت.^{۱۸} در حقیقت فرق این دو به تفاوت میان «این همانی»* و «همانندی»** باز می‌گردد. این کار را در حقوق به آسانی نمی‌توان انجام داد؛ چون معنای کلمات علیرغم تمام تلاش‌هایی که صورت می‌گیرد، هیچ‌گاه کاملاً معین نیست. در حقوق، اعمال قاعده حقوقی بیشتر عملی ارادی است تا عملی منطقی.

به استدلال می‌توان از طرق مختلف، صورت ظاهری یک استدلال قیاسی منطقی بخشید. مثلاً اگر قاعده‌ای را بر مورد جدیدی تطبیق دهیم که با مواردی که قبلاً در نظر داشته‌ایم نسبتاً متفاوت است، در حقیقت هویت واحدی را صرف نظر از اختلافات یا با تأکید بر این که آن اختلاف خصوصیتی در قضیه ندارد، از نو ساخته‌ایم.^{۱۹} در این فرض، این همانی با تکیه بر واقعیت مربوط به دست می‌آید. در این جا در حقیقت استفاده از

17. Salmon J., op. cit., chap. III, p. 342 ss. Voy. aussi Peczenik A., "Analogia legis, Analogy from statutes in continental law", Le raisonnement juridique, Bruxelles, Bruylant, 1971, p. 329.

18. Peczenik, ibid., p. 334.

*. Identité.

** Similitude.

۱۹. دورول در این باره گفته است: «قیاس هیچ‌گاه به معنای دقیق کلمه، برهان نیست، در علم منطق برهان وقتی است که این همانی در کار باشد. برهان از طریق این همانی یعنی قیاس منطقی این است که در وضعیتی خاص به رغم اختلافات موجود یا تفاوت‌های قابل اغماض یا بی‌تأثیر، به دلیل وجود اصول شناخته شده، این همانی را بازسازی کنیم.»

قیاس را پنهان کرده‌ایم و در عوض بر این نکته تأکید نموده‌ایم که وقایع نه فقط همانندی داشته، بلکه این همان هستند.

با مبنا قرار دادن قاعده نیز می‌توان به این نتیجه رسید؛ مانند وقتی که قاضی مصمم به اعمال یک «اصل کلی شناخته شده» یا یک «اصل حقوق بین‌الملل» است؛ نظیر قضیه «نوته بوم» که دیوان بین‌المللی دادگستری، مفهوم تعلق مؤثر یا رابطه واقعی داشتن را از مبحث تعارض تابعیت به تابعیت اکتسابی گسترش داد. به این ترتیب دیوان، تئوری پیوند مؤثر را به مورد جدیدی تسری داد و معتقد بود که ضمناً از روش قیاس (همانندی) اجتناب نموده است. دیوان اعتقاد داشت که در قضیه مطرح شده، سخن از اعمال قاعده‌ای واحد بر مصداقی جدید است [و نه به کار بردن قیاس]؛ همین مسأله مجدداً در دیوان مطرح شد و احتمالاً باید طبق همان ترتیب حل و فصل می‌شد،^{۲۰} اما برخی از حقوقدانان برجسته معتقد بودند که مورد فوق در واقع تعمیم یک قاعده عرفی از باب قیاس است.^{۲۱}

همچنین دیوان در رأی مشورتی راجع به «خسارت به ملل متحد» چنین استدلال کرد که در مورد رابطه تابعیت و رابطه شغلی برای دستیابی به این که سازمان ملل حقی در جهت اعمال حمایت دیپلماتیک نسبت به کارکنان خود دارد، از قیاس (حقوقی) استفاده نکرده است. اما قاضی بدوی پاشا در نظریه مخالف خود به نظر دیوان اعتراض کرد و گفت: «استدلال دیوان استدلالی قیاسی است، آنجا که می‌گوید:

20. C.I.J., Recueil, 1955, p. 22.

21. Par exemple, Charles de Visscher, Problèmes d'interprétation judiciaire en droit international public, Paris, Pedone, 1963, p. 42.

«۱) اگر به محتوای قاعده تابعیت در دعوی باز گردیم ملاحظه می‌شود برای این که یک ادعای بین‌المللی به نفع یک شخص، قابل ارائه از سوی دولتی باشد، باید قصوری از جانب دولتی که ظاهراً مسئولیت متوجه اوست از بابت تعهدی که نسبت به دولت مدعی دارد، مطرح باشد.

۲) و بنابراین اصل، سازمان هم حق داشته است ادعایی بین‌المللی را به مناسبت خسارت وارد به یکی از کارکنان خود مطرح نموده، از باب دلیل آن ادعا، قصوری را در رابطه با تعهدی که نسبت به او داشته‌اند عنوان نماید (صص ۱۸۲ و ۱۸۱)، (...).

ملاحظه می‌گردد که چنین استدلالی در هر صورت یک استدلال قیاسی [حقوقی] است (...) که عناصر آن برگرفته از وضعیتی جدید و یکی بودن یا این همانی اصل مورد استناد در وضعیت‌های مورد مقایسه، و خاصیت نسبی و انعطاف‌پذیر قاعده تابعیت می‌باشد.^{۲۲}

مسئله استناد کردن به اصلی کلی همیشه به معنای این نیست که یک قیاس پنهانی انجام گرفته است، ولی بسیار اتفاق می‌افتد که اصلی که برای حل موضوع به آن استناد می‌کنیم، ممکن است خود از طریق قیاس به دست آمده باشد.

22. C.I.J., Recueil, 1949, p. 211.

۳- استقرا*

کلمه استقرا نیز تاب چند معنی را دارد. از نظر لالاند معمولی‌ترین معنای آن در ادبیات جاری عبارت است از استنباط احتمالی و حدسی** یعنی «روند فکری بازسازنده که بخشی با استدلال، بخشی با حدس از طریق بعضی نشانه‌ها و آثار به واقعیاتی می‌رسیم که براساس آن نشانه‌ها، کم و بیش محتمل است.»^{۲۳} با چنین تعریفی اگر قلمرو حقوق را در نظر بگیریم، به امارات و دلایل ثانویه و وابسته به وضعیات و شرایط نزدیک می‌شویم.

اما معنای رایج منطقی آن این است:

«عمل ذهنی بدین صورت که از بعضی قضایای در دست، عموماً شخصی یا خاص*** که به آنها دال**** گفته می‌شود، به قضیه یا به تعداد کمی قضایای کلی‌تر می‌رسیم که به آنها مدلول**** گفته می‌شود،

*. Induction.

** Inférence conjecturale.

23. Lalande, op. cit., p. 506.

*** مقصود قضایای شخصی است که اصطلاحاً به قضایایی گفته می‌شود که موضوع در آن جزئی و شخصی است. در برابر قضایای طبیعی، مهمله و کلی. معمولاً منطق‌دانان پس از تعریف استقرا آن را به استقرای تام و ناقص تقسیم می‌کنند. در استقرای تام، حکم کلی مبتنی بر مشاهده و بررسی همه افراد مجموعه مورد نظر است، حال آن که در استقرای ناقص، حکم کلی از تعمیم حکم چند مورد مشاهده شده به دست می‌آید. چنان که منطق‌دانان یادآور شده‌اند نتیجه حاصل از استقرای تام، همچون استقرای ریاضی قطعی است و در واقع استقرای تام، نوعی قیاس است، شاید مؤلف از همین رو به کلی متعرض حکم استقرای تام نشده است. استقرای ناقص تنها مفید ظن است؛ بلکه اگر نمونه‌های مشاهده شده، محدود یا غیرمتعارف باشد اصطلاحاً به آن تعمیم شتابزده (chasty generalization) گفته می‌شود که در منطق نوعی مغالطه به شمار می‌آید. با این حال درباره اعتبار استقرا به طور کلی تردیدهای زیادی در مغرب زمین مطرح شده است. (برای نمونه ر. ک: گندمی نصرآبادی، رضا، معمای جدید استقرا.) (م.)

**** Inductrices.

***** Induites.

به گونه‌ای که تمامی قضایای دلالت‌کننده را دربرگیرند.^{۲۴}

استقرای ناقص* به استقرایی گفته می‌شود که در آن

«رابطه به دست آمده از قضیه مدلول تمام افراد یک نوع به تعداد معین یا نامعین را دربرمی‌گیرد، اما رابطه مذکور تنها در مورد برخی از قضایای دلالت‌کننده مورد تصدیق قرار گرفته است».^{۲۵}

فولکیه** و سن ژان استقرای ناقص (مشدد) را چنین تعریف

می‌کنند:

«عمل ذهنی به معنای گذر از ملاحظه یک یا چند واقعه به قانونی که تمام وقایع از همان نوع را دربرمی‌گیرد، یا به اصطلاح قدما از جزیی به کلی رسیدن است».^{۲۶}

در علم حقوق این نوع استدلال در اثبات وجود عرف یا برای اثبات وجود یک اصل کلی متجلی می‌گردد، مانند این که سوابقی نظیر الف، ب، ج، د، ه، اثبات شده باشد و از آنها وجود یک اصل کلی استخراج شود که همه آنها را دربرگیرد. این نوع استدلال در مورد متون قراردادی نیز صدق می‌کند؛ به این معنا که از طریق استقرا در آنها به اصلی کلی می‌رسیم که

24. Ibid., p. 507.

*. Amplifiante.

25. Ibid., p. 508.

** Foulquié.

26. Foulquié et Saint-Jean, op. cit., p. 357.

می‌توان آن را نسبت به وضعیتی که متون در مورد آن ساکت است و قراردادی وجود ندارد اعمال نمود.

اما باید دقت کرد که در این جا بار دیگر چنان که ژنی گفته است با قیاس سر و کار داریم:^{*}

«انسان در عمق وجود خود حس می‌کند که نیاز به برابری [حقوقی] ضروری است که به موجب آن تمام وضعیت‌های عینی یکسان می‌بایست مشمول تضمینات حقوقی یکسانی قرار گیرند. چنین احساسی فقط به این معنا نیست که قاعده‌ای را که بر موردی اعمال کرده‌ایم در شرایط یکسان بر مورد دیگر هم اعمال نماییم، بلکه به این معنا است که تصمیم اتخاذ شده در یک مورد باید در صورتی که دلایل خاص دیگری وجود نداشته باشد، به موارد مشابهی که دارای هویت اساسی یکسان با اولی بوده باشند منتقل گردد.»^{۲۷}

ژنی ادامه می‌دهد:

«آنچه مهم است این که بدانیم منظور از هویت اساسی یکسان چیست؟ برای فهم ماهیت یکسان [میان اصل و فرع] باید در ماهیت منطقی اصل کنکاش کنیم و از میان شرایط و اوضاع و احوال مختلفی که حکم

*. در واقع از نظر مؤلف، استقرا هم به گونه‌ای به قیاس حقوقی باز می‌گردد؛ چون باز هم با تکیه بر تشابه از حکم اصل به حکم فرع دست یافته‌ایم. (م.)

27. Génys F., Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, Paris, L.G.D.J., 1919, p. 119.

اصل را اثبات می‌کند، وجهی را کشف نماییم که با برقراری رابطه میان آن و فرع - که در پی شناسایی حکم آن هستیم - قیاس تحقق می‌یابد.* در این راه باید سعی کرد تا «حد وسط» را که برای قیاس ضروری است با توجه به شرایط و ملاحظات حاکم بر سیاست قانونگذاری پیدا نمود؛ یعنی انگیزه‌های اخلاقی، اجتماعی و اقتصادی را که در راستای استقرار عدالت عینی و ملموس یا منفعت عمومی بوده و مبنای قاعده الگو بوده‌اند** پیدا کرد (Ratio Legis).***^{۲۸}

به این ترتیب ثنی چنین نتیجه می‌گیرد:

«متوجه می‌شویم که اصولاً روش استدلال مبتنی بر قیاس، روندی منطقی است که در نظر دارد بر مبنای برداشت از موارد خاص، اصل یا ملاک مشترک موجه آنها استنتاج شود تا آنگاه شرایط همان اصل در فروض دیگر جستجو شود و اعمال آن بر فروض مذکور، از طریق استنتاج انجام گیرد. اما باید توجه داشت که این روش گرچه کاملاً منطقی است، نیازمند به یک همگنی عمیق و جوهری (میان اصل و فرع) است، تا بتواند مناسبات حقوقی را با یکدیگر پیوند دهد. در نهایت، این روند به پیدایش ایده‌ال‌اتری می‌انجامد که «برابری حقوقی» را تحقق

*. در واقع، نویسنده در صدد بیان این نکته است که در قیاس همواره تفاوت‌هایی میان اصل و فرع وجود دارد؛ مهم این است که وجهی را در اصل بیابیم که در فرع نیز وجود داشته باشد و بر پایه آن بتوانیم حکم اصل را به فرع تعمیم دهیم. (م.)

**. یعنی قاعده‌ای که اصل است و می‌خواهیم حکم فرع را از آن استنتاج کنیم. (م.)

***. ملاک حقوقی.

می‌بخشد و می‌تواند همچون مبنایی منطقی، استدلال مبتنی بر قیاس را به

خوبی توجیه کند.^{۲۹}

ما معتقدیم که علیرغم ادعای ژنی، جنبه «منطقی» شیوه مذکور چندان قابل اعتماد نیست؛* چون یافتن «هویت اساسی یکسان» و نیز یافتن منشأهای نظام اخلاقی، اجتماعی یا اقتصادی، مبتنی بر گزینش‌های نظری و ارزشی است و بر واقعیت موجود، استوار نیست. به این ترتیب ملاحظه می‌شود که قیاس حقوقی غالباً پشت روش‌های کلاسیک استقرا و قیاس منطقی پنهان شده است.

۴- آثار قیاس

الف) شارل شومون در درس خود در آکادمی لاهه می‌نویسد که «از قیاس هرگز نمی‌توان اینهمانی را استخراج نمود»^{۳۰} این نکته درست است؛ اما این نوع استدلال، خواسته یا ناخواسته مفهوم این همانی را در ابهام فرو می‌برد. در قیاسی که مبتنی بر ماندی یا تشابه [میان اصل و فرع] است، از اختلافات واقعیت‌های موجود صرف نظر می‌کنیم تا از طریق استنتاج منطقی، قاعده مورد نظر را اعمال کنیم.

29. Ibid., pp. 121-122. Ce type de raisonnement est resumé par l'adage latin: ubi eadem ratio, idem jus.

*. یعنی نمی‌توان پذیرفت که در «قیاس حقوقی» مایه‌های قیاس منطقی به قدر کافی وجود دارد. (م.)

30. Chaumont Ch., "Cours général de droit international public", R.C.A.D.I., 1970/I, t. 129. p. 506.

در قیاسی که این همانی نسبت‌ها یا تشابه نسبت‌ها مطرح باشد، اصلی استنباط می‌شود که هم شامل اصل و هم شامل فرع است و می‌توان آن را هر بار بر وضعیت‌هایی که از ملاک حقوقی واحد بهره‌مند هستند اعمال کرد. جستجوی اینهمانی را می‌توان در خلاصه‌ای از رأی داوری در قضیه شرکت برق ورشو مورخ ۳۰ نوامبر ۱۹۲۵ میان فرانسه و لهستان مشاهده کرد. در این قضیه، داور آسر،* برای حل مسأله می‌بایست ماده ۱۶ کنوانسیون ۶ فوریه ۱۹۲۲ منعقد شده میان فرانسه و لهستان را تفسیر می‌نمود که به موجب آن اختلافات راجع به تفسیر معاهده می‌بایست به داوری گذاشته می‌شد:

«با توجه به این که مقایسه این کنوانسیون با قسمت دهم معاهده ورسای نشان می‌دهد که کنوانسیون فرانسه - لهستان در قسمت عمده خود نه تنها همان اصولی را که در معاهده صلح مذکور آمده است اخذ نموده، بلکه در بسیاری از نکات از واژه‌های یکسان با آن معاهده استفاده کرده است؛

از آن جا که به خصوص در مورد قراردادهای منعقد (....) این همانی تقریباً کامل میان متن‌های مقررات اصلی مندرج به چشم می‌خورد؛ با عنایت به این که کنوانسیون ۶ فوریه ۱۹۲۲ را می‌توان از این بابت مانند رونوشت بخشی از قسمت دهم معاهده ورسای در نظر آورد (....)؛ با توجه به این که بنابر مراتب بالا باید پذیرفت که مفاد ماده ۱۶ کنوانسیون در مورد تعیین محکمه داوری برای اختلافات راجع به تفسیر قرارداد، با ماده ۳۰۴ معاهده ورسای که داوری را برای حل دعاوی

*. Asser.

مربوط به اعمال قسمت دهم معاهده اخیر در نظر گرفته است، مطابقت دارد؛

با در نظر گرفتن این که از مشابهت این دو مقررہ (...).^{۳۱}

ب) به این نکته نیز باید توجه نمود که استدلال قیاسی دارای اثری سازنده و خلاق است. قیاس به معنای تشابه ساده و ظاهری میان حدود [دو یا چند قضیه] از نظر استنتاج این نتیجه را دربردارد که معنای قاعده‌ای را که باید اعمال نمود تعمیم می‌دهد؛ به علاوه وقایعی را که بر آنها تطبیق خواهد کرد انتظام می‌بخشد و آنها را در قالب فکری مورد نظر جای می‌دهد.

قیاس به معنای همانی نسبت‌ها یا تشابه نسبت‌ها نیز این نتیجه را دارد که در استدلال استقرایی، قواعد را ساختار می‌بخشد و مفاهیم و قواعد جدید ایجاد می‌نماید و قواعد موجود را تعمیم می‌دهد و به آنها سامان می‌بخشد؛ مثلاً مفاهیمی چون شخص حقوقی یا موضوع حق یا حمایت دیپلماتیک را در نظر بگیرید ... به هر حال در مبحث قیاس سخن از روشی خلاق و نوآور است.

ج) قیاس این اثر را نیز دارد که ملاک‌های اصل را به فرع یا آنچه مورد تأمل و مطالعه است [و حکم آن روشن نیست] منتقل می‌نماید. قیاس در حقیقت، قبول کردن حل مسائل مورد بررسی از طریق قضاوت نسبت به ملاک‌های مستتر و موجود در قاعده مورد استفاده است.^{۳۲}

31. R.S.A., III, p. 1675.

32. Perelman, Traité, op. cit., pp. 523 ss., Méthodes, op. cit., p. 130.

همین ویژگی استدلال قیاسی است که جذابیت آن را نشان می‌دهد. قاعده انتخاب شده به عنوان پایه و اصل، بی‌جهت برگزیده نشده است؛ این انتقال ملاک‌ها است که قیاس را توجیه می‌کند. در قیاس همواره نوعی حدس و تخمین وجود دارد، اما ما در قالب عباراتی همچون وحدت ملاک حقوقی و تساوی حقوقی به نوعی این همانی اشاره می‌کنیم که چندان هم واقعیت ندارد. اما عمل ذهنی را متعاقباً با اشکال فکری کلاسیک، همراه با الفاظی که ظاهراً حکایت از واقعیت می‌کنند پنهان می‌کنیم؛ مانند وحدت ملاک حقوقی، تساوی حقوقی و غیره. این پدیده در خلق مفاهیمی مانند «راهنمی هوایی» کاملاً هویدا است.

جنبه ابداعی و نوآوری قیاس به مرور که [حکم مستنبط از قیاس] مورد پذیرش قرار گیرد با گذشت زمان محو می‌شود. دکترین و رویه محاکم، مفهوم جدید را که به این ترتیب به دست آمده است و اعمال می‌شود بر خود هموار می‌کنند [و آن را پذیرا می‌شوند]. همه به خوبی می‌دانیم که مفهوم «ناوبری هوایی» یک تمثیل موفقیت‌آمیز بوده است. اگر بخواهیم این استعاره‌ها یا انتقال مفاهیم و معانی را دوباره زنده کنیم باید آنها را در ذهن تکرار کنیم تا متوجه شویم منشأ آن قیاس بوده است.

بخش دوم

نقش قیاس در حقوق موضوعه

۱- نقش کاشف*

در علوم محض، نقش قیاس کشف کننده است. قیاس عامل اختراع و ابداع است؛ قیاس فرموله کردن فروضی است که راهنمایی برای آزمایش‌های بعدی است. نتیجه آزمایش‌ها روشن خواهد ساخت که آیا قیاس مثبت بوده، باروری داشته است یا نه؟

حقوق به هیچ وجه یک علم دقیق و محض نیست. استفاده از قیاس در آن قسمت از حقوق که عبارت است از اعمال نرم‌ها و ضوابط، هیچ نقشی ندارد. اما در عوض در آن قسمت از حقوق که دکترین گفته می‌شود از جایگاه ارزشمندی برخوردار است. دکترین سعی دارد از قیاس به منظور تفهیم و تعمیم و سیستماتیک کردن و حتی ایجاد انگیزش فکری استفاده کند.

شارل شومون خود قیاس را همین گونه مورد استفاده قرار داده است. او در مقاله‌ای به نام «چشم اندازهای تئوری خدمات عمومی برای استفاده در حقوق بین‌الملل معاصر»^{۳۳} مفاهیمی از حقوق اداری فرانسه مانند دوائر دولتی، واگذاری خدمات عمومی، بنگاه‌های خصوصی عام‌المنفعه را با نهادهای حقوق موضوعه بین‌الملل کنار هم چیده است. او به نقد روش

*. La fonction heuristique.

33. Chaumont Ch., dans La technique et les principes du droit public. Etudes en l'honneur de Georges Scelle, 1950, t. I, pp. 115-178.

مذکور نیز می‌پردازد و متعاقباً راجع به تئوری اشتغال عمومی بین‌المللی می‌گوید که چنین کاری فقط ارزش توصیفی دارد و موجد قاعده حقوقی نیست.^{۳۴}

دکترین را در چند اظهارنظر کوتاه نباید خلاصه کرد. دکترین با حوصله و ذره ذره کار می‌کند، چون در جستجوی عناصر است و آنها را از هم جدا می‌کند، تمیز می‌دهد، میان آنها تقریب انجام می‌دهد، تعمیم و گسترش می‌دهد و این کارها را به طور سیستماتیک انجام می‌دهد. قیاس در فعالیت فوق مسلماً به عنوان عامل کشف و ابداع، نقش دارد. دکترین از این بابت در کل حرفه حقوقی اثر می‌گذارد؛ از جمله بر مشاوران حقوقی و نیز قضات و داوران که غالباً ناخودآگاه از مفاهیم تلطیف شده دکترین استفاده می‌کنند. در مقابل، دکترین نیز از ابداعات رویه قضایی بهره‌مند می‌شود و آنها را قوام می‌بخشد. در حقیقت داد و ستد متقابل یا یک سیستم بده و بستان وجود دارد که در آن، گاه سرمنشأ گم می‌شود.

۲- نقش تأییدی*

قیاس در حالت همانی یا تشابه نسبت‌ها، گاهی برای تصدیق و تأیید تفسیری که از متن به عمل آمده است استفاده می‌شود. نمونه بارز آن در قضیه کشتی بخاری ویمبلدون دیده شد. در این قضیه باید مشخص می‌شد

۳۴. «مسلماً می‌توان از باب سهولت کار از تئوری اشتغال عمومی بین‌المللی صحبت کرد. اما این بدان معنی نیست که خارج از الزامات استقلال عمل و رزرو احتیاط کاری که انصافاً مشترک هستند، مقررات و تضمینات پیش‌بینی شده در چارچوب یک سازمان را برای سازمان دیگر هم بدون ذکر مصادیق، معتبر دانست. الفاظ کلی که برای توصیف چندسازمان به کار می‌روند اساساً ارزش توصیفی دارند و نمی‌توان از آنها دستورات کلی استخراج نمود.» Cours général op. cit، ص ۵۰۷.

*. La fonction confirmative.

که آیا آلمان می‌توانسته است به وظیفه بی‌طرفی خود استناد جست، در ۲۱ مارس ۱۹۲۱ به کشتی ویمبلدون که برای دولت متخاصم، یعنی لهستان اسلحه حمل می‌کرده اجازه ندهد به کانال کیل وارد شده، آزادانه از آن جا عبور نماید؟ می‌دانیم که ماده ۳۸۰ معاهده ورسای مقرر کرده بود که: «کانال کیل و راه‌های دسترسی به آن همیشه در کمال برابری به روی کشتی‌های جنگی و تجاری تمام ملل که با آلمان در صلح هستند آزاد و باز است.»

دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی با مستند قرار دادن ماده مزبور اعلام نمود:

«دیوان معتقد است که ماده ۳۸۰ صراحت دارد و هیچ معنای دوگانه‌ای دربرندارد.»^{۳۵}

دیوان پس از آن که سرپای متن را بررسی نمود (تمام قسمت ۱۲ معاهده ورسای) به مقررات کنوانسیون‌های مربوط به کانال سوئز و پاناما رجوع نموده و آنها را «سابقه» توصیف کرد و گفت:

«به عنوان نمونه‌های توافقات بین‌المللی که بر حاکمیت بعضی دولت‌ها محدودیت‌های جزئی ایجاد کرده‌اند، اما به عنوان راه‌حل‌های همیشگی در نظر گرفته شده‌اند، قواعد مقرر برای کانال‌های سوئز و پاناما را در نزد دیوان ذکر کرده‌اند ...»

35. C.P.J.I., Série A, n° 1, p. 22.

... بررسی سوابق در مورد کانال سوئز و پاناما برابر است ... با انکار این نظر که چنانچه مقامات آن کشور اجازه عبور آزاد به ویمنبلدون در کیل می‌دادند، بی‌طرفی آلمان لزوماً مخدوش می‌شده چون حامل قاچاق جنگی برای دولتی متخاصم بوده است.^{۳۶}

دیوان با استنباط یک اصل کلی از سوابق موجود که قابل اعمال بر کانال‌ها و تنگه‌هاست اضافه می‌کند که:

«سوابق مذکور چیزی جز تجلی این عقیده عمومی نیست نه صبق آن اگر راه آبی مصنوعی که دو دریای آزاد را به هم متصل می‌کند برای استفاده تمام کشورهای دنیا به طور دائمی اختصاص داده شده است، آن آبراه را باید با تنگه‌های طبیعی، مشابه دانست...»^{۳۷}

به مراحل استدلال توجه کنید: ابتدا توسل به تشبیه و قیاسی مضاعف: یکی وحدت نقشی که دارند (استناد به سایر کنوانسیونهای مربوط به همان موضوع: کانال‌های بین‌المللی دیگر) و دوم تشابه نقشی که دارند (آنجا که به کنوانسیونهای مربوط به موضوع دیگر اشاره می‌کنند: تنگه‌های بین‌المللی)؛ دوم استنتاج براساس استقرا و رسیدن به اصلی کلی که از آن اصل، راه‌حل قابل اعمالی را در قضیه مطرح شده برداشت می‌کند. مثال‌ها در این زمینه فراوان است.^{۳۸}

36. Ibid., p. 28.

37. Ibid.

38. Rousseau Ch., Principes généraux du droit international public, Paris, Pedone, t. I, 1944, pp. 697 et ss.

۳- نقش تفسیری

قیاس با تفسیر موسع نباید خلط شود. فرانسوا ژنی از جمله کسانی است که بر وجود این اختلاف بسیار تأکید کرده است. تفسیر موسع (از قانون) عبارت است از: «استفاده از عناصر بیرونی* نسبت به قانون که اراده قانونگذار را آشکار می‌کند، به منظور بسط مفاد متنی که به نحو مضیق تنظیم شده، در جهت اراده مذکور.» در حالی که قیاس به «جستجوی اراده، خواه واقعی یا حتی مفروض (...) ختم نمی‌شود، بلکه درصدد انشای (...) قاعده‌ای جدید و متمایز است که بر وحدت ملاک حقوقی مبتنی است.»^{۳۹}

موضع ژنی به نظر ما دو اشکال دارد: اولاً غیرممکن است که انسان مرز دو اراده را مشخص کند و تشخیص دهد که کجا قاعده جدید شروع می‌شود و کجا اراده قانونگذار قطع می‌شود؟ زیرا اگر قرار باشد اراده قانونگذار را برآورد کنیم یا تخمین زنیم، چنین کاری خود جنبه ایجاد و انشایی دارد.^{**} ثانیاً به روشهای مقایسه‌ای نیز حتی اگر هدف آن کشف اراده طرفین باشد، قیاس گفته می‌شود. بنابراین مسأله به دعوای لفظی بیشتر شباهت دارد.

مارسل ژوکل*** در رساله خود تحت عنوان «تفسیر معاهدات قاعده‌زا

*. Extrinsèques.

39. Gény, Méthode d'interprétation, op. cit., pp. 304 et ss. Il poursuit sa démonstration jusqu'à la p. 314.

** این محظوری است که همواره ذهن مخالفان قیاس را به خود مشغول کرده است؛ در واقع نگرانی این است که قیاس‌کننده به جای کشف مقصود و مراد قانونگذار خود بر کرسی قانونگذاری بنشیند و قواعد و مقررات جدیدی را وضع کند که چه بسا مقصود قانونگذار نباشد. (م).

***. Marcelle Jokl.

طبق دکترین و رویه قضایی بین‌المللی»^{۴۰} نشان می‌دهد که استفاده از قیاس در رویه قضایی بین‌المللی به عنوان وسیله تفسیر معاهدات به سه صورت عمده انجام می‌شود:

الف) رجوع به حقوق داخلی به منظور روشن کردن معنای برخی از مفاهیم به کار گرفته شده در معاهده مورد نظر؛ مانند آن که در قضیه «ماهگیری اختصاصی»^{*}، سرداور قوانین و اعلامیه‌های جزیره پرنس ادوارد را جستجو کرد تا ببیند معنای «رودخانه» چیست.^{۴۱}

ب) رجوع به معاهدات بین‌المللی لازم‌الاجرا که پیش از متن مورد بررسی، تهیه و تنظیم شده است؛ مانند رأی داوری مورخ ۸ اوت ۱۹۰۵ از سوی دیوان دائمی داوری در قضیه «لنج‌های بادبانی مسقط»، سرداور چنین اظهارنظر کرد:

«با توجه به نبود تعریفی از واژه «حمایت شده» در سند عمومی کنفرانس بروکسل، باید از واژه مذکور معنایی را برداشت کرد که بهتر از هر معنای دیگر، هم به مقاصد اصلی کنفرانس و سند نهایی که نتیجه آن بوده است، مرتبط باشد و هم به اصول حقوق بین‌الملل که در معاهدات لازم‌الاجرای آن دوران آمده است، و یا به قوانین داخلی معتبر در حقوق بین‌الملل و عملکرد حقوق عام بین‌المللی ربط داشته باشد (...).

با عنایت به این که گرچه دولتهای بزرگ متعهد مصرحاً^{**} با اجرای به

40. Thèse pour le doctorat, Paris, Pedone, 1935.

*. North Atlantic Fisheries.

41. Lapradelle et Politis, R.A.I., II, pp. 441 et ss.

** Expressis verbis.

اصطلاح حق داشتن افراد تحت حمایت به تعداد نامحدود فقط در ارتباط با ترکیه و مراکش اعلام انصراف کرده‌اند، با این حال اجرای چنین حقی نسبت به سایر دول شرقی هم ترک شده بوده است و قیاس همواره به عنوان وسیله‌ای برای تکمیل مواضع مکتوب و مدون و در عین حال ناقص مندرج در اقسام قراردادهای انقیاد و کاپیتولاسیون شناخته شده بود، زیرا اوضاع و احوال یکسان بوده است (...).^{۴۲}

ج) رجوع به معاهداتی که همان دولتها بعداً منعقد کرده‌اند، مانند قضیه کمیزل،* که کمیسیون مختلط ایالات متحده - مکزیک، برای تفسیر یک متن، به معاهدات منعقد شده بعدی میان طرفها رجوع نمود.^{۴۳} به نظر ما و ژوکل در حقیقت متون مشابه از آن جهت مورد استفاده قرار می‌گیرند که روشن‌گر اراده طرفها هستند: متون قبلی از آن جهت که طرفها حتماً با به کارگیری لفظی، معنایی را مورد نظر داشته‌اند که مطابق عملکرد آنان بوده است و متون بعدی از آن بابت که اجرای معاهده توسط طرفها در طی زمان، ضامن و نشانگر اراده واقعی آنهاست.

تفسیر از طریق قرائن خارج از معاهده، در معاهده وین راجع به حقوق معاهدات پذیرفته شده است. در بندهای ۲ و ۳ ماده ۳۱ از جمله وسائل تفسیر علاوه بر رجوع به کل متن** و ضمائ و مقدمه، عملکرد بعدی که حاکی از توافق طرفها نسبت به تفسیر معاهده است ذکر شده

42. R.S.A., XI, p. 94, Pour d'autres exemples, voir Jokl, op. cit., pp. 158 et ss.

*. Chamizal.

43. A.J.I.L., t. V, 1911, p. 805. Autres exemples dans Jokl, pp. 164 et ss.

**, Contexte.

است. معاهده وین در هیچ جا از تفسیر براساس قیاس و تشبیه ذکر به میان نیاورده است.

۴- نقش انشایی برای پر کردن خلأ و سکوت

تعریف مضیقی که ژنی ارائه نموده و پیشتر به آن اشاره کردیم قیاس را به بهترین ابزار برای پر کردن خلأ تبدیل می‌کند، لوسین سیورا* نیز در کتاب خود به نام مسأله خلأ در حقوق بین‌الملل^{۴۴} فصل مهمی را به بررسی نقش قیاس در پر کردن خلأ در مقررات حقوقی اختصاص داده است. با این حال این محقق چنان که ما نیز خاطرنشان کردیم،^{۴۵} تعریفی از مقررات حقوقی نموده که آن را به مجموعه قواعد قراردادی و عرفی در زمان مشخص، محدود می‌نماید و سپس چنین تحلیل می‌کند که رجوع عملکرد - چه عملکرد دولتی و چه رویه داوری یا قضایی - به اصول کلی حقوقی، وسیله‌ای برای پر کردن خلأهای مقررات موجود است. چنین تحلیلی قابل انتقاد است؛ چون اصول کلی حقوقی را باید جزو منابع حقوق موضوعه در نظر گرفت. البته در این جا نمی‌خواهیم بحث معنا و مفهوم و نقش اصول کلی حقوق را مطرح کنیم. ما می‌دانیم که اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری آن را بی‌تردید جزو حقوق موضوعه آورده است. به هر حال این امر مسلم است که قاضی یا داور بین‌المللی به ندرت اتفاق می‌افتد که اذعان کند سکوت قانون یا قرارداد را پر کرده است؛ آنها

*. Lucien Siorat.

44. Paris, L.G.D.J., 1959.

45. "Quelques observations sur les lacunes en droit international public", R.B.D.I., 1967, pp. 440 et ss., spéc. p. 446.

برعکس در مقابل چنین چیزی موضع می گیرند.^{۴۶} این دو به ندرت اذعان می کنند که به استدلال از طریق قیاس روی آورده اند^{۴۷} و چنانچه این گونه استدلال نقش بی بدیلی بازی کرده باشد از اقرار به آن طفره می روند.

مواردی را که دکترین ذکر کرده و طی آن قاضی خلأها (موارد پیش بینی نشده) را با رجوع به قیاس تکمیل کرده است، در واقع همان توسل به اصول کلی حقوقی است. به هر حال قاضی و داور معمولاً و عادتاً این طور عمل می کنند. به دو مثال توجه کنیم:

الف) رأی داور مورخ ۱۱ نوامبر ۱۹۱۲ دیوان دائمی داور در قضیه پرداخت غرامت جنگی به ترکیه، در دعوی میان روسیه و ترکیه چنین گفته است:

«برای روشن شدن ماهیت این مسؤولیت خاص که متوجه دولت بدهکار و مربوط به بدهی قراردادی نقد و قابل مطالبه است، باید اکنون

۴۶. نگاه کنید به مقاله فوق (شماره ۴۲ ص ۴۵۵ و بعد) که در آرای مختلف، CIJ گفته است نمی تواند چیزی جز حقوق را اعمال کند و نمی تواند حقوق را خلق کند و در نتیجه نمی تواند با خروج از چارچوب عادی وظیفه قضایی، خلأ را پر کند. (رأی افریقای جنوب غربی، مرحله دوم: مجموعه ۱۹۶۶، ص ۴۸). این سخن مجمل است و (ظاهراً) بدین معنی نباید باشد که دیوان نتواند بعضی از خلأها را پر کند. غیر از این همیشه قاضی نقش غیر ایجاد کننده دارد.

۴۷. نمونه بدیعی در این زمینه وجود دارد که در رأی مشورتی ۱۳ ژوئیه ۱۹۵۴ راجع به آثار احکام دادگاه ملل متحد، دیوان دادگستری بین المللی باید به این نکته پاسخ می داد که آیا مجمع عمومی سازمان می توانسته است اختیاراتی قضایی به TANU بدهد که خود مجمع عمومی را متعهد کند؟ دیوان گفت: «نمی توان این استدلال را پذیرفت که مجمع عمومی به لحاظ ماهیت خود قادر نباشد دادگاهی را تأسیس نماید که آن دادگاه بتواند تصمیم هایی اتخاذ کند که خود مجمع عمومی را متعهد سازد. اما قیاس این مسأله با حقوق داخلی جایز نیست، گرچه معمولاً در قانونگذاری داخلی دادگاه هایی ایجاد می شود که صلاحیت دارند تصمیماتی بگیرند که خود قانونگذار را که آن را ایجاد کرده متعهد نمایند». (CIJ، مجموعه ۱۹۵۴، ص ۶۱). استدلال دیوان بسیار ماهرانه است؛ زیرا دقت بسیار می خواهد تا انسان بفهمد که دیوان اگرچه اعلام می کند که در ظاهر قیاس را رد کرده، اما به طور معکوس به قیاس دیگری متوسل شده است.

از طریق قیاس همچنان که در آرای داوری مورد استناد، صورت گرفته، اصول کلی حقوقی عمومی و خصوصی در این زمینه، چه از نظر دامنۀ آن مسؤولیت و چه از بابت استثنائات قابل اقامه، بررسی شود (...).

به مجرد آن که دادگاه تأیید کرد که طبق اصول کلی و عرفی در حقوق بین‌الملل عمومی، تشابه وضعیت میان یک دولت و یک فرد خصوصی بدهکار بابت مبلغی قراردادی، به صورت نقد و حال وجود دارد، منصفانه و حقوقی آن است که از طریق قیاس، قواعد حقوق خصوصی بر مواردی که اخطار عدم تأدیه صورت گرفته و منافع مربوط به آن حذف گردیده، نیز اعمال شود.^{۴۸}

ب) در رأی داوری ماکس هوبر مورخ ۲۳ اکتبر ۱۹۲۴ در قضیه مطالبات انگلستان از بابت خسارات وارده به اتباع آن کشور در منطقه اسپانیایی مراکش نیز آمده است:

«علی‌الاصول این نکته پذیرفته شده که دولت، مسؤول خسارت وارده از بابت عملیات نظامی نفرات ارتش خود نمی‌باشد، اما نمی‌توان تمام اقداماتی را که به گونه‌ای با عملیات نظامی ربطی دارند یا تمام اعمال مختلف سربازان را مشمول همین حکم قرار داد. در ماده ۳ کنوانسیون چهارم لاهه مورخ ۱۹۰۷ راجع به قوانین و عرف‌های جنگ زمینی آمده است که: طرفهای متعاهد، مسؤول تمام اعمال ارتكابی ابواب جمعی نیروهای مسلح خود هستند، چنانچه آن اعمال مخالف مقررات کنوانسیون بوده باشد. اگرچه کنوانسیون مزبور بر یکی از وضعیت‌های

48. R.S.A., XI, pp. 442 et 446.

مورد اشاره در گزارش، مستقیماً قابل اعمال نیست، اما برپایه اصلی که تأسیس نموده اقدامات نظامی را که ممکن است خارج از جنگ (به معنای فنی خود) اتفاق بیفتد دربرمی گیرد».^{۴۹}

چنان که ملاحظه می‌شود، اگر داور در مورد کشمکش‌های داخلی، به مقررات جنگ استناد نموده، از آن جهت بوده که جنگ باعث تبلور یک اصل کلی شده که هم در زمان جنگ و هم در زمان صلح قابل اجراست.

دیوان عدالت جوامع اروپایی همیشه پذیرفته است که با خلأ قواعد روبرو بوده است و می‌باید آنها را از طریق قیاس پر کند؛^{۵۰} علت آن احتمالاً خاصیت امتزاج و نیمه داخلی بودن حقوق جامعه اروپایی است.

49. R.S.A., II, p. 645.

50. Ainsi, l'aff. Gigante c. Commission des Communautés européennes, arrêt du 29 nov. 1973, C.J.C.E., Recueil, 1973, p. 1359; l'aff. Union française des céréales c. Hauptzollamt Hamburg-Jonas, C.J.C.E., Recueil, 1978, p.1684; aff. Brouwer-Kaune c. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor het kledingbedrijf, C.J.C.E., Recueil, 1979, p. 2120.

بخش سوم منابع اصل*

چنان که گفته شد، در استدلال براساس قیاس، بر مبنای رابطه‌ای معلوم که اصل است، رابطه‌ای که علم به آن ضعیف‌تر است و عبارت است از موضوعات ناشناخته، روشن و مشخص می‌شود. در عملکرد بین‌المللی اصل را هم در حقوق داخلی و هم در حقوق بین‌الملل جستجو نموده‌اند.

۱- قیاس مبتنی بر قواعد حقوق داخلی

تأثیر حقوق رومی و پس از آن، نظام‌های حقوقی داخلی بر حقوق بین‌الملل غیرقابل انکار است. کافی است که کتابهای قدیمی حقوق بین‌الملل را بازخوانیم تا ببینیم چه اندازه مفاهیم حقوق رومی یا مفاهیم حقوق داخلی در آنها به کار رفته است؛ گو این که در عصر حاضر حقوق بین‌الملل از نظر مفاهیم، استقلال قابل توجهی پیدا کرده است.

دکترین یقیناً در این زمینه نقش وافر داشته است. حقوقدان بین‌المللی پیش از آن که متخصص بین‌الملل باشد، حقوقدان است، بدین معنی که مشحون و پرورده فرهنگ حقوقی است. چند قرن پیش پرورده در حقوق روم بود و امروزه متأثر از حقوق منبعث از نظام رومی گرا و یا کامن‌لا. اگر کسی بخواهد حقوق بین‌الملل بخواند خود را از حقوق داخلی تهی نمی‌کند و تقریباً بدون آگاهی و بدون تفکر زیاد، انتقال مفاهیم از یک نظام به نظام دیگر در ذهن او صورت می‌پذیرد. هر چند امروزه قیاس

*. Phore.

در مورد حقوق فردی مانند حقوق اموال یا ارث که در قدیم شایع بوده دیگر دیده نمی‌شود، اما نفوذ و تأثیر حقوق تعهدات (از جمله قراردادهای و مسئولیت) کاملاً مشهود است. عاریه گرفتن از حقوق عمومی نیز بسیار جالب و ظریف است؛ به ویژه در زمینه سازمانهای بین‌المللی (به عنوان مثال).

بعضی حقوقدانان در این باره تحلیل‌های بیشتری کرده‌اند. برای نمونه لوتر پاخت که از میان بقیه^{۵۱} در کتاب خود^{۵۲} همواره سعی کرده تا مفاهیمی را از حقوق خصوصی استخراج نماید که در حقوق بین‌الملل کاربرد داشته باشد.

«اصول کلی حقوقی مورد قبول ملل متمدن» که در ماده ۳۸ اساسنامه دیوان دائمی بین‌المللی دادگستری و سپس دیوان کنونی آمده، چون شامل اصول حقوق داخلی می‌گردد، منبعی است که قاضی بین‌المللی می‌تواند راه‌حلهایی مبتنی بر قیاس و تشبیه وضعیت‌ها نسبت به یکدیگر از آن استنباط کند. در این جا نمی‌خواهیم بحث‌ها و مجادلات مربوط به اصول کلی حقوقی را دوباره مطرح کنیم. در مورد ماده مذکور ما فکر می‌کنیم نظرات ذیل پذیرفته شده است:

(۱) بین چنگ در نتیجه‌گیری کتابی با ارزش می‌نویسد:^{۵۳}

51. Pensons notamment à Ripert G., "Les règles du droit civil applicables aux rapports internationaux", R.C.A.D.I., 1933, II, pp. 569 et ss.

52. Private Law Sources, and Analogies in International Law.

53. General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals, Londres, Stevens et Sons, 1953.

«با فرض وجود تشابهی اساسی میان افراد و ملتها، میان روابط بین‌الملل و روابط میان افراد، دادگاهها و محاکم بین‌المللی، آن دسته از اصول و مقرراتی را که حاکم بر حقوق داخلی است و نقش آنها اجرای عدالت ماهوی در روابط میان افراد است، در روابط بین‌المللی نیز اعمال می‌کنند؛ البته این در جایی است که شرایطی مشابه با آنچه که اجرای آن اصول را در قلمرو داخلی توجیه می‌کند، وجود داشته باشد.»^{۵۴}

مواردی که قضات و داوران بین‌المللی به طور صریح و به ویژه ضمنی به اصول کلی حقوق داخلی رجوع کرده‌اند، فراوان است. (۲) با قطع نظر از هر گونه موضع اصولی که در مورد قابل قبول بودن یا نبودن اصول کلی به عنوان منبع می‌توان اتخاذ کرد، قلمروی اصول کلی حقوقی (اصول حقوق داخلی) به هر حال در حقوق بین‌الملل معاصر به دلایل بسیار، محدود است:

– جنبه ثانوی داشتن این منبع (به دلیل عدم اعلام اراده دولتها نسبت به آن به طور دقیق)؛

– تقریباً محال بودن اثبات جنبه جهانی آن در روزگار کنونی (زیرا قید «ملل متمدن» مسلماً امروزه متروک شده است)؛

– عدم دقت ناشی از عمومیت یا کلیت آنها؛

– این نکته که اگر کلیت در این حد باشد، نظام‌های حقوقی موجود همگی دارای اصول کلی‌اند که ممکن است متناقض باشند، مثلاً در مقابل

اصل «ممنوعیت سوءاستفاده از حق» این اصل وجود دارد که «شخصی که از حق خود استفاده می کند موجب اضرار غیر نمی شود».^{۵۵}

– سرانجام و به ویژه این که شرایط لازم برای احراز قیاس مشکل است (نگاه کنید به صفحات زیرین).

۲- قیاس برگرفته از خود قواعد حقوق بین الملل

در این حالت غالباً سعی می شود اصل در متون قراردادی مشخص و متمایز (قبلی، همزمان، بعدی) از موضوع بحث (Thème) جستجو شود؛ اما باید دقت شود که متون مزبور راجع به همان موضوع یا همان ماهیت حقوقی باشند. مثال های چندی ذکر کردیم. حال به نمونه دیگری در مورد سوئیس توجه کنیم: مسأله این بود که معلوم شود آیا لفظ «شهروندان» که در عهدنامه مودت و بازرگانی مورخ ۲۵ نوامبر ۱۸۵۰ میان کنفدراسیون سوئیس و ایالات متحده آمریکا آمده است تنها شامل اشخاص حقیقی می شود یا اشخاص حقوقی را نیز دربرمی گیرد؟ با رجوع به نیت طرفهای عهدنامه، دولت سوئیس از راه قیاس خواستار تسری امر به اشخاص حقوقی بود. از جمله استدلال های دولت سوئیس این بود که:

«باید افزود که از بابت قیاس، اگر اطلاعات ما دقیق باشد، نظر به معاهدات عمومی مربوط به مطالبات، که توسط ایالات متحده منعقد شده، حتی زمانی که پروتکل به «شهروندان» یا به «اتباع»، محدود بوده

۵۵. در قضیه Riva علیه کمیسیون جوامع اروپا دادگاه لوکزامبورگ از اعمال یک مقرر به عنوان اصل کلی حقوقی خودداری کرد؛ چون معتقد بود که در آن قضیه «اراده قانونگذار» بر این تعلق داشته که در آن زمینه، اصل عدالت توزیعی بر امنیت قضایی مقدم شود. (C.J.C.E. مجموعه، ۱۹۷۱، ص ۱۰۹).

چنین فرض می‌کردند که معاهدات مزبور اشخاص حقوقی را نیز دربرمی‌گیرد، منظور اشخاص حقوقی است که تحت لوای قوانین دولت خواهان، تشکیل شده‌اند...»^{۵۶}

در جایی دیگر به اصلی رجوع شده که موضوع آن با مورد فوق یکی بوده، اما زمینه مسأله متفاوت بوده است. در قضیه معروف ذوب فلز تریل، داور با قیاس و تشبیهی مضاعف، از آلودگی رودخانه‌ای در حقوق میان - ایالاتی ایالات متحده، به آلودگی هوا میان کانادا و ایالات متحده سیر کرد:

«با این حال هم در مورد آلودگی هوا و هم در مورد آلودگی آب آرای خاصی از دیوان عالی ایالات متحده آمریکا صادر شده که به درستی می‌تواند به عنوان راهنمایی در این حوزه از حقوق بین‌الملل تلقی شود؛ زیرا در پرونده‌های بین‌المللی معقول آن است که با تکیه بر قیاس [حقوقی] از رویه‌هایی که توسط دیوان عالی در بررسی مناقشات مربوط به حقوق شبه حاکمیتی ایالتها تأسیس شده است، پیروی شود. البته این در جایی است که قواعد متضادی با این رویه‌ها در حقوق بین‌الملل رایج نباشد و نتوان برای رد چنین رویه‌هایی به دلایلی استناد نمود که مستند به محدودیت‌های حاکمیتی مندرج در قانون اساسی ایالات متحده است.»^{۵۷}

56. Répertoire suisse de droit international public, Bâle, 1975, n^o 4123, p. 784.

57. R.S.A., III, p. 1964.

دادگاه داورى مختلط یونان - آلمان در دو قضیه برادران کونکا علیه دولت آلمان و کیریا دولو علیه دولت آلمان قواعد مربوط به گلوله باران مندرج در ماده ۲۵ مقررات منضم به کنوانسیون چهارم لاهه مورخ ۱۸ اکتبر ۱۹۰۷ راجع به قوانین و عرف‌های جنگ زمینی را به بمباران هوایی تعمیم داد:

«طبق اصلی شناخته شده و کلی، جان و مال غیر رزمندگان باید حتی‌المقدور محترم شمرده شود. مفاد مواد ۲۶-۲۵ مقررات لاهه به هیچ وجه جنبه خاص ندارند و باید آنها را متضمن اصل کلی مزبور دانست ... درست است که مواد مذکور فقط به گلوله باران دریایی و زمینی مربوط است، اما شور دومین کنفرانس لاهه نشان می‌دهد که تعمیم آن به بمباران هوایی خلاف نیت آنان نیست...»^{bis ۵۷}

اصل آزادی کشتی‌رانی در دریای آزاد نیز به عبور و مرور در هوای بالای دریای آزاد تعمیم داده شده است و همچنین موارد دیگر. در جاهای دیگر نیز استفاده از قیاس میان موضوعات مشخص و متمایز صورت گرفته، ولی در همه موارد، یک اصل مناط اعتبار قرار گرفته است. اگر مجدداً به نمونه‌های پیشین نگاه کنیم می‌بینیم که اصل مؤثر بودن تابعیت از تابعیت مضاعف به تابعیت اکتسابی تعمیم یافته است (قضیه نوته بوم). اصل آزادی کشتی‌رانی در تنگه‌ها به کانال‌های بین‌المللی گسترش یافته (قضیه ویمبلدون). نمونه‌های بسیار دیگری وجود دارد.

57 bis. Recueil T.A.M., X, p. 100.

بخش چهارم دامنه حجیت قیاس

استفاده از قیاس به عنوان حجت و دلیل، مورد ایرادات مختلف قرار گرفته است.^{*} بعضی به فقدان شرایط لازم که برای قیاس ضروری است اشاره کرده‌اند و برخی به نکات عمیق‌تری، به گونه‌ای که درستی این روش را مورد تردید قرار داده‌اند.

۱- فقدان شرایط لازم

۱- بالاتر دیدیم که قیاس برپایه وحدت ملاک حقوقی استوار است. در صورت فقدان چنین وضعیتی، قیاس قابل قبول نیست. در واقع در چنین مواردی قیاس وجود نخواهد داشت. رویه قضایی بین‌المللی بارها در تأیید این سخن اعلام نظر کرده است:

الف) دیوان بین‌المللی دادگستری در رأی مشورتی مورخ ۱۱ آوریل ۱۹۴۹ موسوم به جبران خسارات به سازمان ملل، قیاس را در موضوع مطرح

*. معمولاً برای نقد استدلال مبتنی بر قیاس دو راه وجود دارد: یکی تشکیک در تشابه میان اصل و فرع است و دیگری این که اصل تشابه پذیرفته می‌شود، ولی مخاطب بر تشابه دیگری میان اصل و فرع تأکید می‌کند، به گونه‌ای که نتیجه‌ای درست برعکس آنچه مدعی خواهان اثبات آن است به دست می‌آید. مثلاً در پاسخ کسی که با تشبیه شبکه‌های جهانی تلویزیونی به پنجره‌ها از باز شدن و دسترسی به آنها دفاع می‌کند، گفته می‌شود: بلی، ولی عقل سلیم حکم می‌کند هرگاه در خارج از منزل توفانی برپا باشد، باید پنجره‌ها را بست. با دقت در نقدهایی که نویسنده مقاله توسط خود یا دیگران بر استدلال قیاسی وارد می‌کند روشن می‌شود که این نقض‌ها بیشتر به نقد از شیوه اول باز می‌گردد، هر چند گاه اشاراتی به نقد از شیوه دوم نیز وجود دارد. (م).

شده، نپذیرفت. دیوان ارتباط میان پیوند ملیت و پیوند شغلی (شغل در سازمان) از بابت عنصر (قدر) مشترک فرمانبرداری را رد کرد و گفت:

«از سوی دیگر، قیاس مستفاد از قاعده سنتی حمایت دیپلماتیک اتباع دولتی در خارج، نمی تواند به خودی خود ما را به پاسخی مثبت برساند. امکان پذیر نیست که به عنصر تبعیت یا فرمانبرداری رجوع شود، چون اغراق آمیز خواهد بود که انسان پیوند تابعیت میان دولت و تبعه را به پیوند حقوقی ای که براساس ماده ۱۰۰ منشور میان سازمان از یک سو و دبیرکل و کارکنان دبیرخانه از سوی دیگر وجود دارد، قیاس کند. دیوان در این جا در مقابل وضعیت جدیدی است...»^{۵۸ و ۵۹}

ب) دیوان همچنین در رأی مشورتی مورخ ۱۱ ژوئیه ۱۹۵۰ راجع به وضعیت حقوقی آفریقای جنوب غربی، استدلال براساس قیاس را میان رژیم نمایندگی (ماندای) جامعه ملل سابق و مفهوم وکالت عام در حقوق داخلی نپذیرفت؛ زیرا معتقد بود هدف و ساختار آن دو نهاد از یکدیگر متمایز است؛ دیوان گفت:

۵۸. C.I.J. مجموعه ۱۹۴۹، ص ۱۸۲، چند قاضی در نظریه شخصی خود معتقد بودند که دیوان به قیاس استناد کرده است: Hackworth، صص ۱۹۸، ۱۹۹، ۲۰۳ و Badawi Pacha، صص ۲۰۸، ۲۱۲-۲۱۰.

۵۹. ماده ۱۰۰ منشور ملل متحد:

دبیرکل و کارمندان دبیرخانه در انجام وظایف خود از هیچ دولت و هیچ مقام خارج از سازمان دستورهای نخواست و قبول نخواهند کرد. آنان از هر عملی که با سمت مأموریت بین المللی آنها ناسازگار باشد خودداری خواهند کرد و فقط در مقابل سازمان مسؤول خواهند بود.

هریک از اعضای سازمان متعهد می شود که جنبه بین المللی محض مشاغل دبیرکل و کارمندان دبیرخانه را محترم شمرده و به هیچ وجه درصدد بر نیاید که آنها را در انجام وظایف خود تحت نفوذ قرار دهد.

«جامعه ملل آن طور که حکومت مزبور مدعی است موکل به معنایی که این کلمه در حقوق داخلی بعضی کشورها به کار رفته است - محسوب نمی شود، او فقط وظیفه بین المللی مراقبت و نظارت را بر عهده گرفته است. نمایندگی (ماندا) در حقوق بین الملل با وکالت در حقوق داخلی فقط یک اشتراک لفظی است. دامنه نمایندگی که تحت احکام حقوق بین الملل است، از حدود روابط قراردادی مشمول حقوق داخلی کاملاً فراتر است (...). بنابراین نمی توان از راه قیاس و همانندی مفهوم نمایندگی یا دیگر مفاهیم مشابه متعلق به حقوق داخلی، در حقوق بین الملل به نتیجه ای دست یافت.»^{۶۰}

ج) در قضیه ویلهم ورتان و دیگران علیه شورای جوامع اروپایی، این مسأله در برابر دیوان عدالت جوامع اروپایی مطرح شد که آیا مفاد ماده ۲۱۱ معاهده رم (C.E.E) که گفته است جامعه از طریق کمیسیون ها در کشورهای عضو، حضور خود را اعلام می دارد، باید از بابت قیاس، در حالت دعوی جبران خسارت نیز علیه عمل شورای جوامع اروپا، اعمال شود یا نه؟ دیوان پاسخ منفی داد:

«با توجه به این که ماده ۲۱۱ معاهده راجع است به اهلیت حقوقی و نمایندگی جامعه در نظام های حقوقی کشورهای عضو و به دلیل اختلافاتی که از این نظر نظام های حقوقی مذکور ممکن است داشته باشند، لازم بوده است یک قاعده مقبول و دارای اعتبار در تمام موارد، مقرر می گردید؛ اما در نظام حقوقی جامعه، برعکس به نفع جریان

60. C.I.J., Recueil, 1950, p. 132.

صحیح عدالت است که هرگاه مسئولیت جامعه به علت عملکرد یکی از نهادهای آن مطرح باشد، جامعه مذکور به وسیله آن نهاد یا نهادها که مسئولیت منتسب به اوست نزد دیوان نماینده‌ای داشته باشد.^{۶۱}

مثالها را به همین موارد ختم می‌کنیم.^{۶۲}

۲- در موارد دیگری خاطرنشان شده است که اوضاع و احوال حاکم بر مسائل به اندازه‌ای متفاوت یا خاص هستند که نمی‌توان هیچ گونه همانی یا وجه تشابهی [میان اصل و فرع] پیدا کرد.* در این باره نیز رویه قضایی بین‌المللی غنی است:

الف) در قضیه «لنج‌های مسقط» داور به این جنبه اشاره کرده است: «با توجه به این که دولت ترکیه به طور عملی** امتیاز مربوط به وضعیت حقوقی شخص «حمایت شده» را در مورد اشخاصی که در سال ۱۸۶۳ از حمایت یک دولت مسیحی برخوردار بوده‌اند، برای احفاد و نوادگان آنان پذیرفته است و این که چنین امتیازی را به دلیل تفاوت اوضاع و احوال نمی‌توان براساس قیاس به مسقط تعمیم داد؛ افراد مورد حمایت دول مسیحی در ترکیه از نظر نژاد، ملیت و مذهب با حاکمان

61. C.J.C.E., Recueil, 1973, p. 1246.

۶۲. موارد زیر قابل ذکر است:

Eastern Bank Ltd c. Gouvernement turc, Rec. T.A.M., VII, p. 188; -Georges Pinson, Com. franco-mexic., R.S.A., V, § 69, p. 448; - C.P.J.I., aff. Chorzow, Série A, n° 8, p. 22; - C.P.J.I., aff. relative au Régime douanier entre l'Allemagne et l'Autriche, Série AB, n° 41, p. 49; - C.J.C.E., 12 juil. 1957, Algera et autres c. Assemblée commune de la C.E.C.A., Recueil, 1957, p. 127; - C.J.C.E. 14 fév. 1978, I.F.G. et C.O.K.G. c. C.E.E., Recueil, 1978, p. 370.

*. چیزی که در ادبیات حقوقی ما قیاس مع‌الفارق نامیده می‌شود. (م.)

**. De facto.

خود متفاوت بوده‌اند، در حالی که اهالی «صور» و سایر اهالی مسقط که ممکن است حمایت پرچم فرانسه را بطلبند از همه جهات فوق، وضعیتی مشابه با سایر رعایای سلطان مسقط دارند...»^{۶۳}

ب) به مناسبت اختلاف مربوط به تفسیر «معاهده صلح»، کمیسیون مصالحه فرانسه - ایتالیا قبول نکرد که بر اساس قیاس، مقررات راجع به «سرزمین‌های واگذار شده» را به حبشه تعمیم دهد. هیچ گونه واگذاری و یا انتقال از سوی ایتالیا در مورد حبشه وجود نداشته است، ایتالیا فقط موقعیت جدید را شناسایی کرده است:

«درست است که تنها راه پذیرفتن ادعای فرانسه رجوع به قیاس است، بدین معنی که باید همان قواعد معاهده راجع به سرزمین‌های واگذار شده را بر سرزمین اتیوپی - که ضمناً نه واگذار شده و نه امکان هیچ گونه واگذاری آن بوده است - حاکم دانست؛ اما استدلال از طریق قیاس را باید کنار گذاشت؛ چون بند ۷، قاعده‌ای با جنبه استثنایی است (...). تنها استثنا در این سیستم بند ۷ ماده ۷۸ معاهده صلح است؛ اما دامنه نفوذ آن به سرزمین‌های واگذار شده و سرزمین آزاد «تریست» (Trieste) محدود است. قاعده وحدت ملاک (Eadem ratio) را نمی‌توان برای کشورهای اتیوپی و آلبانی هم اعمال نمود.»^{۶۴}

63. R.S.A., XI, p. 94.

64. R.S.A., XIII, p. 641.

ج) در قضیه بارسلونا تراکشن، دیوان بین‌المللی دادگستری باید به این مسأله پاسخ می‌داد که آیا می‌توان با توجه به تابعیت شرکت، ذی‌نفع‌های واقعی را مشخص کرد؟

«... می‌توان پذیرفت که آشکار کردن ذی‌نفع‌های واقعی که روشی استثنایی در حقوق داخلی است و نسبت به نهادی اعمال می‌شود که در قالب آنها تأسیس شده است، نقش مشابهی در حقوق بین‌الملل ایفا کند، و نتیجه گرفت که در نظام بین‌المللی هم ممکن است علی‌الاصول اوضاع و احوال خاصی پیش آید که مشخص کردن ذی‌نفع‌های واقعی در جهت منافع سهامداران قابل توجیه باشد»^{۶۵}

اما دیوان با تحقیق در اوضاع و احوالی که مشخص کردن ذی‌نفع‌های واقعی طی آن در مواردی صورت گرفته است یعنی تحقیق در تعلق سهام به اتباع دشمن (بند ۶۰) و جبران خسارت در صورت ملی کردن، معتقد است که موارد مزبور دارای جنبه منحصربه‌فرد* است (بند ۶۱):

«... به خوبی مشخص است که در هر مورد، از رویه‌های کاملاً بخصوصی سخن به میان آمده که ناشی از اوضاع و احوال ویژه مرتبط با وضعیت‌های موجود بوده است. بنابراین اگر بخواهیم از روش قیاس استفاده کنیم یا در مورد امور دیگر هم استنتاجاتی انجام دهیم این به معنای عدم اطلاع از خاص** بودن آنها و خود را در معرض خطا قرار

65. Recueil, 1970, p. 39.

*. Sui generis.

**. Lex specialis.

دادن است». ۶۶*

از سوی دیگر، دیوان ضمن قبول این که میان حمایت از شرکتها و حمایت از افراد تشابهاتی وجود دارد، از تعمیم دادن مفهوم «پیوند مؤثر» خودداری کرد:

«... آنگاه که باید پیوندی میان یک شرکت و یک دولت به منظور حمایت دیپلماتیک برقرار نمود، حقوق بین الملل اگرچه به طور محدود، بنا را بر تشابه و قیاس با قواعد حاکم بر تابعیت افراد می گذارد (...) با این حال از جهت خاص حمایت دیپلماتیک اشخاص حقوقی، هیچ ضابطه مطلق قابل اعمال در مورد پیوند مؤثر، به طور کلی پذیرفته نشده است. ضوابط موجود جنبه نسبی دارند و گاهی پیوندهای یک شرکت را با یک دولت با پیوندهایش با دولت دیگر سنجیده اند. از این نظر به قضیه «نوته بوم» رجوع شده و طرفها نیز بارها در جریان دادرسی به آن استناد کرده اند؛ با این حال با توجه به جنبه های حقوقی و عملی که حمایت از شرکت مذکور ایجاد کرده است، دیوان معتقد است که نسبت به مسائل مطروحه یا تصمیم اتخاذ شده در قضیه اخیر، قیاس

*. یعنی در حقیقت از ویژگی ها و خصوصیات مورد صرف نظر کرده ایم و از آن چشم پوشیده ایم و حکم مورد غیرمشابه را به موردی که کمترین همانندی با آن دارد سرایت داده ایم و این اشتباه است؛ زیرا برای احراز تساوی و تشابه میان «اصل» و «فرع» نباید تنها به ماهیت آن دو توجه کرد، بلکه ضروری است شرایط حاکم بر اصل و فرع را نیز مطالعه نمود تا احراز شود آیا از این جهت نیز تساوی میان اصل و فرع برقرار است؟ زیرا تفاوت شرایط حاکم بر اصل و فرع گاه چنان زیاد است که آن دو را همچون دو امر متفاوت می سازد. (م.)

66. Ibid., p. 40.

جایگاهی ندارد.^{۶۷}

د) دیوان دادگستری جامعه اروپا چندین بار به طریق فوق [پرهیز از قیاس] رأی داده است و به ویژه تأکید کرده است که سپری شدن مهلت اقدام و سقوط حق در موردی که در متن پیش‌بینی نشده باشد، قابل تعمیم نیست.^{۶۸}

۳- در موارد دیگری به جنبه استثنایی موضوع [فرع] و یا اصل استناد شده تا هرگونه تقریب و مقایسه‌ای را منع کنند:

الف) در رأی برناردینی علیه پارلمان اروپا، دیوان اروپایی مذکور از تعمیم قانونی راجع به انتصاب و ترفیع به موارد تصدی موقت خودداری نمود:

«۱۱. نظر به این که در تنظیم مفاد اساسنامه، تدوین‌کنندگان کوشیده‌اند دامنه نفوذ دقیق آن را طی الفاظ مشخص و صریح بیان کنند:

۱۲. بنابراین تعمیم یا توسعه آن از طریق قیاس، در مواردی که به صورت صریح بیان نشده، بی‌مورد است.»^{۶۹}

ب) دیوان مزبور در رأی دیگری* چنین بیان داشت:

«... در واقع، اخذ عوارض در موارد پیش‌بینی شده در جدول، مستقیماً به سیستم کنترل پیش‌بینی شده جامعه که حالت یک شکل دارد بستگی

67. Ibid., p. 42.

68. C.J.C.E., aff. Miranda Mirossevich c. H.A. de la C.E.C.A., Rec., 1956, p. 384.

69. Rec., 1971, p. 184.

*. Ville de Franckfort-sur-le-Main c. Max Neumann.

پیدا می‌کند و مرتبط به مقتضیات ناشی از برقراری تعرفه گمرکی مشترک است؛ در حالی که عوارضی که به طور یکجانبه توسط دول عضو تعیین گردیده است، باعث مخدوش شدن وضعیت فوق می‌شود؛ بنابراین مقرراتی که اخذ آنها را مجاز نموده است، نباید فراتر از قلمرو اعمال خاص آنها گسترش یابد.^{۷۰}

نمونه‌های دیگری نیز وجود دارد.^{۷۱}

قاعده (Singularia non sunt extenda) یا «آنچه خلاف اصل است، قابل تعمیم نیست» روی هم رفته در حقوق بین‌الملل عمومی که روابط میان دولتها بدیع و منحصر به فرد است، کاربرد و اهمیت زیادی دارد. به این نکته اشاره خواهیم کرد.

۴- بطلان قیاس به علت استمرار تطبیق

یکی از راههای رد مواردی که به قیاس استناد شده این است که قیاس از حد تطبیق فراتر رود و در ادامه کار روشن شود که تمثیل کلاً نادرست بوده است، مانند این که در «راهزنی هوایی» تطبیق با راهزنی دریایی را ادامه داده بگوییم که در وهله اول از نظر قباحت، هر دو عمل محکوم است، اما صرف نظر از این مطلب هیچ مناسبت دیگری میان

70. Rec., 1978, p. 1637.

71. C.J.C.E., aff. Oehlmann c. Hauptzollamt Münster, Rec., 1970, pp. 476 et ss.; aff. Marie Josée Besnard c. Com. des Com. cur., Rec. 1972, p. 563; C.J.C.E., aff. Alberto Villano c. Nordwestliche Eisen und Stahl-Berufsgenossenschaft et autres, Rec., 1979, p. 1860; C.J.C.E., aff. Newth c. Com des Com., Rec., 1979, p. 1951.

راهزنی دریایی و تغییر مسیر هواپیما وجود ندارد؛ چون هیچ یک از عناصر تعریف اولی با دومی سازگار نیست.

قاضی بدوی پاشا در نظریه شخصی خود در رأی مشورتی «جبران خسارت...» از شیوه فوق استفاده کرد و تمام سازمانهای بین‌المللی را که اساسنامه تشکیل‌دهنده آنها شامل مصوبه‌ای مشابه با ماده ۱۰۰ منشور بود ذکر نمود و براساس روش مذکور این سؤال را مطرح کرد که: آیا باید برای این سازمانها نیز حق حمایت از کارکنان خود مشابه با حق دولتها در این زمینه نسبت به اتباع خود، قائل بود؟^{۷۲}

۲- مشروعیت یا قانونیت قیاس

ایرادهای دیگری نیز بر قیاس وارد کرده‌اند که آیا اصولاً قانونیت دارد؟ این نکته مسلم است که دولتها به عنوان «قانونگذار» می‌توانند متون را از روی نمونه‌های دیگر تهیه کنند و این کار را زیاد انجام می‌دهند. آنها هر روزه متون قراردادی قبلی را رونوشت کرده تا از آنها برای وضعیت‌های حقوقی جدید و مشابه استفاده کنند. همچنین ممکن است با تفسیر، حوزه نفوذ یک مصوبه خاص را بر موارد مشابه تعمیم دهند، مانند این که در بسیاری از مقررات و دستورالعمل‌های متعلق به جامعه سابق اقتصادی اروپا امکان تعمیم دادن و همانند شدن یا در یک منطقه قرار گرفتن براساس قیاس وجود داشت. مثلاً در رأی هوتزولمت* دیوان دادگستری جامعه اروپا چنین اظهارنظر کرد:

72. Recueil, 1949, p. 210.

*. Hauptzollamt Hamburg Oberelbe c. Firma P.G. Bollmann.

«نظر به این که طبق قاعده‌ای عمومی طبقه‌بندی تعرفه گمرکی، مندرج در بند ۵ مقررات عمومی مربوط به فهرست مشمول تعرفه گمرکی مشترک (آیین‌نامه شورا به شماره ۹۵۰/۶۸۰ J.O. مورخ ۱۹۶۸، شماره L172)، کالاهایی که در هیچ یک از ردیف‌های تعرفه‌ای قرار نمی‌گیرند باید تحت وضعیت مربوط به کالاهایی قرار گیرند که به آنها از همه شبیه‌ترند و این که تشابه میان کالاها تنها براساس خصوصیات فیزیکی آنها صورت نمی‌گیرد، بلکه موارد استفاده و ارزش تجاری آنها نیز باید ملحوظ شود.»^{۷۳}

مسئله اصلی و مهم آن جا مطرح می‌شود که در متن چیزی پیش‌بینی نشده باشد. آیا در این جا نیز داور یا قاضی یا هر مرجع ذی‌ربط دیگری می‌تواند براساس قیاس عمل نماید؟ نظریه غالب آن است که در این حالت قیاس خطاست.

آنزیلوتی که به عقیده او هیچ حکمی غیر از آنچه صریحاً در توافقات میان دولتها پیش‌بینی شده است وجود ندارد، نظر بر این دارد که «تعمیم قواعد از طریق قیاس چنانچه یقین حاصل نشود که آن تعمیم به طور صریح یا ضمنی خواست طرفها بوده است، امری غیرقابل قبول است».^{۷۴} کارل استروپ نیز همین عقیده را دارد.^{۷۵} م. ژوکل هم تقریباً

^{۷۳}. مجموعه، ۱۹۷۰، ص ۸۲ نیز نگاه کنید به: مجموعه ۱۹۷۶ ص ۲۰۳۶ و کاربرد در زمینه مقررات مربوط به بیمه، مجموعه، ۱۰۷۲، ص ۱۱۰۵.

^{۷۴}. Anzilotti D., Cours de droit international, Sirey, 1929, p. 116.

^{۷۵}. Strupp K., "Le droit du juge international de statuer selon l'équité", R.C.A.D.I., 1930, III, vol. 33, pp. 452 et ss.

همین را می‌گوید:

«به طور خلاصه، حکم براساس قیاس در میان روش‌هایی که قاضی بین‌المللی می‌تواند به راحتی به آن متوسل شود، جایی ندارد؛ زیرا او مجاز نیست از عناصری استفاده کند که کاملاً برای کشف اراده واقعی یا مفروض تدوین‌کنندگان یک معاهده آماده و مناسب نیستند. در نتیجه استدلال براساس قیاس باعث می‌شود که قاضی براساس وضعیت‌های جدید، قواعد مشابهی ایجاد کند که اراده تدوین‌کنندگان هیچ نقشی در آنها نداشته باشد».^{۷۶}

شارل شومون هم مانند بقیه نسبت به آن قسم قیاس که غیرمنطبق با توافقات صریح دول چه مستقیم و چه به صورت اشکال تغییر یافته اصول کلی حقوقی است، تردید دارد. او حدود اعمال اصول کلی حقوقی توسط قاضی را چنین ترسیم می‌کند:

«به عقیده ما اختیار قاضی در این زمینه چنین است که او نمی‌تواند اصول کلی حقوق داخلی را به کار برد، مگر به عنوان وسیله‌ای برای تفسیر به منظور مشخص کردن اراده طرفها (...). والا نمی‌توان به کشف اراده طرفها به کمک اصولی دست یافت که با آنان بیگانه است، یعنی خود آن اصول را تأسیس نکرده‌اند یا از آن خود نکرده‌اند. آنان قرار بر قیاس نداشته‌اند، مگر پیشاپیش نسبت به آن توافق کرده باشند».^{۷۷}

76. Jokl, op. cit., pp. 107, et ss.

77. R.C.A.D.I., "Cours général", op. cit., pp. 462 et ss. Voy, encore pp. 458, 460 et 506.

برخی دولتها گاهی مخالفت رسمی خود را با رجوع به اصول حقوق مدنی در حقوق بین الملل عمومی بیان داشته اند و چنین استدلال کرده اند که محدودیت های وارده بر حاکمیت دولت باید به طور محدود و مضیق تفسیر شوند و «هر بار که حاکمیت محدود می شود صلاح نیست از قیاس استفاده شود».^{۷۸} چنین برداشتی البته انعطاف ناپذیر است و بهتر است مبنای بی اعتمادی به قیاس را در ساختار کلی نظام بین المللی جستجو کرد.*

برخلاف حقوق داخلی که نظامی است که تمام تابعان و متعلقان خود را در تشکیلاتی کامل، خواه از نظر ضوابط و اصول یا از بابت نهادها و تأسیسات، دربرمی گیرد؛ حقوق بین الملل، حقوقی است جزء جزء، گسسته و نسبی. تعهدات در حقوق بین الملل هر بار براساس اراده ای خاص پدید می آید. بافت چنین تعهداتی بی شباهت به حقوق کیفری نیست و بی خود نیست که متون جزایی را باید به صورت مضیق تفسیر نمود و به موارد مشابه تعمیم نداد مگر آن که به نفع متهم باشد.^{۷۹}

خصوصیت اصلی استدلال مبتنی بر قیاس که رُئی آن را مورد توجه قرار داده و گفته است که جستجوی ضوابط مشترک و برداشت های جدید از آنها برای اجرا است، ناشی از درکی نظام یافته از نظم حقوقی است، که

۷۸. موضع دولت آلمان در قضیه مربوط به تفسیر ماده ۱۱ پروتکل لندن مورخ ۹ اوت ۱۹۲۴، II, R.S.A., ص ۷۶۱.

*. چنان که نویسنده اشاره نموده است، در این فرض بی اعتمادی به قیاس برخاسته از اشکال ماهوی به قیاس نیست؛ بلکه به دلیل تعارض آن با اصل حاکمیت و صلاحیت عام دولتها است؛ گویی کسی که برپایه نظریه های کلاسیک و قدیمی تر حقوق بین الملل اصل را بر صلاحیت دولت می گذارد، هرگاه کسی با استناد به قیاس بخواهد اصل یاد شده را محدود سازد، در اموری که برخلاف اصل است به قیاس استناد نموده است. (م.)

79. Foriers P., "L'interprétation par analogie en droit belge", Rapports belges du X^e Congrès international de droit comparé, Bruxelles, Bruylant, 1978, p. 47.

یقیناً مطلوبیت آن، ذهن همه حقوقدانان را مشغول می‌کند؛^{۸۰} ولی تردید است که در حقوق بین‌الملل به غیر از حوزه کوچک قواعد حقوق بین‌الملل جهانی که ضمناً کرانه‌های نامشخص نیز دارند استفاده از قیاس، کار مناسبی باشد.

به غیر از حقوق بین‌الملل «جهانی»، در موارد دیگر اجازه نداریم مورد مسکوت‌الحکم [فرع] را براساس مورد منصوص‌الحکم [اصل] یا داده‌هایی تنظیم نماییم که [صرف‌نظر از تفاوت‌ها]، در وضعیت یا موضوع دیگری قابل قبول و مناسب بوده است.

در همین زمینه آنزیلوتی به «بناها یا نهادهای حقوقی» که این چنین ایجاد شده باشند، به دیده تردید نگاه می‌کند. مثلاً در مورد نهاد تحت‌الحمایگی او معتقد است که توافق مبنی بر برقراری یک دولت تحت‌الحمایه را نمی‌توان به موجب قیاس به مورد مشابه دیگری تعمیم داد، براین اساس که توافق مزبور نهادی به نام «تحت‌الحمایگی» به وجود آورده است که در حقوق بین‌الملل دارای آثار همگانی است.^{۸۱}

اندیشه تعمیم حکم موارد مشابه به یکدیگر که ژنی آن را مورد تأکید قرار داده،^{۸۲} و فکر اعمال راه‌حل‌های یکسان نسبت به موارد مشابه،

۸۰. Siorat می‌گوید که: «هدف اصلی علم حقوق نظام‌بخشی است، نباید به کثرت راه‌حل‌های خاص و متفرد و جدا از هم اعتقاد داشت». همان، ص ۳۵۸.

۸۱. نمونه مذکور توسط Castberg F «متدولوژی حقوق بین‌الملل عمومی»، R.C.A.D.I، ۱۹۳۳، I، جلد ۴۳، ص ۳۵۴ آمده است. کاوالیری در درس خود «قواعد عمومی حقوق صلح» R.C.A.D.I، ۱۹۲۹، I، ص ۳۲۲ می‌نویسد: «باید از تعمیم خودداری شود و در تفسیر از طریق قیاس نیز نهایت دقت را نمود تا دولتی به امری که هرگز نخواست است متعهد نشود. کار نظری مجرد، که در حقوق خصوصی، مفسر می‌تواند از مقایسه و دسته‌بندی قواعد خاص به ساختن رشته‌های عمده حقوقی و تعیین قواعد عمومی نظام‌مند برسد، در حقوق بین‌الملل امکان‌پذیر نیست.»

82. Op. cit., pp. 119 et 122.

در حقیقت ایجاد و جعل قاعده (جدید) است و در نهایت سیاستی است که از طریق آن، اراده مفسر، جایگزین اراده طرفهای اصلی می‌شود؛ اما این بدان معنا هم نیست که استفاده از روش قیاس و ایجاد ماهیتی دیگر به خودی خود مردود باشد، بلکه برای مشروعیت قیاس باید بر اراده واقعی مربوط تکیه و آن را احراز کرد.*

* * *

مطالعه درباره قیاس ما را به سخن اصلی شارل شومون دلالت می‌کند: او گفته بود که نکته اصلی برای ایجاد یک قاعده حقوقی توافق میان دولتهاست که امری ضروری و اجتناب‌ناپذیر است. با این حال نمی‌توان منکر این نکته شد که دادرس نیز باید در انجام وظیفه خود نقشی سازنده و خلاق داشته باشد. مسلماً دادرس سعی نمی‌کند خالق قاعده باشد. او تجلی رکن قضایی است که کاملاً تابع مقررات حقوق بین‌الملل است. او قواعد حقوق بین‌الملل را برای حل و فصل دعوا باز می‌گوید و به اراده طرفها احترام می‌گذارد. مجموعاً رفتار او چنین است که گفته شد. اما به هر حال حریمی نیز برای شخص او قائل شده‌اند که به کشف و گاهی انشای اراده دولتها پردازد (اراده مفروض) یا برای شفاف کردن سیستماتیک اصولی اقدام کند که راهبر اقدامات دولتها باشد.

*. در واقع او برای قیاس نوعی جنبه کشفی قائل است و معتقد است قیاس از آن رو و در آن حد که کاشف از اراده قانونگذار یا اطراف قرارداد باشد، معتبر است. (م.)

دادرس در کشف و روشنگری از راه قیاس شیوه‌هایی را به کار می‌برد که همگی ذوق و سلیقه را می‌طلبد؛ او باید عوامل موضوعی یا حکمی را بررسی نماید تا بتواند این همانی یا تشابه مناسبات را کشف نموده، از ناهمگونی‌ها یا موارد خاص آنها بگذرد و به ملاک حقوقی واحد برسد. البته می‌دانیم که حق انتخاب کردن، ارزش‌گذاری را نیز در پی دارد.*

*. به این معنا که چنان که به قاضی حق اعمال قیاس با شرایط پیش گفته داده می‌شود دیگران نیز حق دارند دربارهٔ صحت و سقم کار دادرس و این که وی تا چه اندازه موفق به کشف ارادهٔ قانونگذار یا اطراف قرار داده شده و در راستای اجرای عدالت گام برداشته اظهارنظر کنند. (م.)