

Equity; Nature, Types and Functions

Ensieh Motiei¹, Masoud Alborzi Verki^{2*}

- 1. Ph.D. of Private Law, Faculty of Humanities and Social Sciences, Zanjan Branch, Islamic Azad University, Zanjan, Iran*
- 2. Assistant Professor, Department of Law, Faculty of Social Sciences, Imam Khomeini International University, Qazvin, Iran*

(Received: March 6, 2020 ; Accepted: November 11, 2020)

Abstract

Fairness in the sphere of law, which is used, by a judge or an arbitrator, in resolving disputes, in general, refers to one of two concepts of "equity" or "ex aequo et bono". The first concept is a general principle of law, itself consists of three types with different kinds of functions, all three of which are legal norms and, in deciding a case, is considered as part of law, recourse to them often does not require consent of parties to a dispute. Depending on the type of defect in the norms, *infra legem* by providing an interpretation in accordance with existing facts, the function of moderation, *praeter legem* which through the filling of legal gaps, has a supplementary function and *contra legem* by abandoning the governing law when conflicting rules, plays the replacement role of legal rules. Despite the important role of principles of law in the settlement of disputes and its application in international law, this principle has not been addressed in domestic law.

Keywords

General principle of law, *Infra legem*, *praeter legem*, *contra legem*, Functions.

* **Corresponding Author, Email:** alborzi@SOC.ikiu.ac.ir

اصل انصاف؛ ماهیت، انواع و کارکردهای آن

انسیه مطیعی^۱، مسعود البرزی ورکی^{۲*}

۱. دکتری حقوق خصوصی، دانشکده علوم انسانی و اجتماعی، واحد زنجان، دانشگاه آزاد اسلامی، زنجان،

ایران

۲. استادیار گروه حقوق، دانشکده علوم اجتماعی، دانشگاه بین‌المللی امام خمینی، قزوین، ایران

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۱۲/۱۶ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۰۸/۲۱)

چکیده

انصاف در قلمرو حقوق، که توسط قاضی یا داور در حل و فصل اختلافات در نظر گرفته می‌شود، به طور کلی، بر یکی از دو مفهوم «اصل انصاف» یا «اصول عدل و انصاف» اشاره دارد. انصاف در مفهوم نخست، که یکی از اصول کلی حقوقی است، خود شامل سه نوع با کارکردهای متفاوت است که هر سه جزئی از هنجار قانونی است و در مقام تصمیم‌گیری بخشی از حقوق تلقی می‌شود و توسل به آن‌ها نیازمند رضایت طرفین اختلاف نیست. حسب نوع نقص موجود در هنجارها، انصاف در چارچوب حقوق، با ارائه تفسیری مطابق واقعیت‌های موجود، دارای کارکرد تعدیلی است؛ انصاف فراحقوق، با پر کردن خلأهای حقوقی به هنگام مواجهه با سکوت قواعد حقوقی، دارای کارکرد تکمیلی است و انصاف مغایر با حقوق، با کنار گذاشتن قانون حاکم به هنگام تضاد بین قوانین، نقش جایگزینی قواعد حقوقی را ایفا می‌کند. با وجود نقش مهم اصل انصاف در حل و فصل اختلافات و توسل به انواع آن در مراجع بین‌المللی، این اصل در حقوق‌های داخلی مورد توجه و اهتمام لازم قرار نگرفته است.

کلیدواژگان

اصل کلی حقوقی، انصاف در چارچوب حقوق، انصاف فراحقوق، انصاف مغایر با حقوق، کارکردها.

مقدمه

انصاف مفهومی است که از آغاز تمدن بشر شناسایی شده و در همه نظام‌های حقوقی، به عنوان تجلی مستقیم عدالت و ابزاری نیرومند جهت حل و فصل اختلافات، مورد استفاده بوده است. با توجه به تنوع و پیچیدگی روزافزون اختلافات، گاه اعمال مقررات موضوعه موجود تکافوی مسائل مطروحه را نمی‌کند و منجر به نتایج عادلانه نمی‌شود. بنابراین، ممکن است اعمال قواعد حقوقی در موارد خاص جز از طریق تعدیل، تکمیل، یا تصحیح آن‌ها میسر نباشد که در این صورت اصل انصاف می‌تواند کمک شایانی جهت نیل به عدالت بکند.

انصاف در قلمرو حقوق دارای دو مفهوم است: «اصل انصاف»^۱، به عنوان یکی از اصول کلی حقوقی، و «اصول عدل و انصاف»^۲، که اصول عالی اخلاقی است و می‌تواند قواعد حقوقی را لغو کند. گرچه در پیشینه حقوقی ایران تفکیک بین این دو مفهوم کمتر مورد توجه بوده است، اصول عدل و انصاف، که اول بار در جمله پایانی ماده ۳۸ اساسنامه دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی آمده است، با اصل انصاف، که یکی از مصادیق بند ۳ همان ماده^۳ و موضوع مطالعه حاضر است، تفاوت دارد.^۴

اصل انصاف خود بر سه نوع است که هر یک نقش خاص خود را در حل و فصل اختلافات ایفا می‌کند و با توجه به کارکردهای مهم و متنوع انواع آن در رسیدگی و صدور آرا ضرورت و اهمیت کاربردی پژوهش حاضر آشکار می‌شود. اصلی‌ترین سؤالات تحقیق این است که ماهیت اصل انصاف و ویژگی‌ها و وجوه تشابه و تمایز هر یک از سه نوع انصاف چیست؟ هر یک از انواع اصل انصاف چه کارکردی دارند و این کارکردهای متفاوت از چه نقص‌های هنجاری ناشی می‌شوند؟ اینکه آیا توسل

1. equity

2. ex aequo et bono

۳. در ماده ۳۸ اساسنامه دیوان فعلی، اصول کلی حقوقی در بند ۱ (پ) و اصول عدل و انصاف در بند ۲ آن ماده آمده است.

۴. مقایسه بین اصل انصاف و اصول عدل و انصاف موضوع مقاله‌ای با عنوان «بررسی تطبیقی اصل انصاف و اصول عدل و

انصاف» است که در مجله پژوهش‌های حقوق تطبیقی دانشگاه تربیت مدرس، دوره ۲۲، شماره ۳، پاییز ۱۳۹۷، به

چاپ رسیده است. در ضمن، در مقاله ارزشمند «اصل انصاف و ظرفیت قاعده‌سازی آن در رویه دیوان بین‌المللی

دادگستری»، در مجله حقوقی بین‌المللی، ش ۵۱، پاییز و زمستان ۱۳۹۳، ص ۱۰، اشاره بسیار کوتاهی به انواع اصل

انصاف شده است.

به انواع اصل انصاف نیازمند رضایت طرفین است و نیز اینکه آیا انصاف مغایر با حقوق همان اصول عدل و انصاف است سؤالات فرعی تحقیق را تشکیل می‌دهد. فرضیه تحقیق این است که گرچه انواع مختلف اصل انصاف کارکردهای مختلف دارند، هر سه یک اصل کلی حقوقی‌اند و در نتیجه، بر خلاف اصول عدل و انصاف، توسل به آن‌ها نیازمند رضایت طرفین اختلاف نیست.

با این مقدمات، در پژوهش حاضر، ضمن اشاره مختصر به مفهوم و ماهیت اصل انصاف، به بررسی انصاف در چارچوب حقوق، انصاف فراحقوق، انصاف مغایر با حقوق و مطالعه تطبیقی هر یک از این انواع، کارکردهای تعدیلی و تکمیلی و تصحیحی اصل انصاف در قلمرو برخی حقوق‌های ملی، دادرسی‌ها، به‌ویژه داورهای (عمومی و خصوصی) بین‌المللی و بررسی تطبیقی هر یک از این کارکردها، و سرانجام به کندوکاوی درباره جایگاه انواع اصل انصاف در حقوق ایران پرداخته می‌شود.

مفهوم اصل انصاف

قبل از پرداختن به مفهوم اصل انصاف لازم است معنا و مفهوم واژه انصاف تبیین شود. انصاف در لغت فارسی به معنی «داد دادن»، «عدل کردن»، و «صداقت نمودن» است (معین ۱۳۸۱: ج ۱، ۳۸۱). معادل انگلیسی انصاف واژه «equity» به معنای تساوی حقوق و عدل، به یک سیستم عدالت طبیعی، که اجازه قضاوت منصفانه را می‌دهد، تعریف شده است (Oxford Advanced 2004: 423). انصاف گرچه امکان فهم کلی را فراهم می‌کند، صراحت لازم مفهومی را ندارد و در نتیجه دارای عدم قطعیت و ابهام است (Newman 1965: 403). دیدگاه‌های متفاوتی درباره مفهوم انصاف وجود دارد که از پیچیدگی و ابهام در تعریف و مشخصات این مفهوم نشئت می‌گیرد (Brown 1967: 390).

اصل انصاف مجموعه‌ای از اصول است که ارزش‌های یک نظام حقوقی را تشکیل می‌دهند (Srivastava 2014: 1). تعلق انصاف به اصول کلی حقوق را از دو منظر می‌توان بررسی کرد: نخست اینکه اصل انصاف الهام‌بخش برخی از اصول کلی حقوق است و با وجود حیات مستقل از اصول یادشده جوهره اصلی آن‌ها را تشکیل می‌دهد (White 2004: 105-108) دوم اینکه اصل انصاف خود به مثابه یک اصل کلی حقوقی قابلیت استناد مستقیم دارد (ICJ Reports 1985: 71). با توجه به اینکه این اصل تعدیلی برای همه وضعیت‌هاست و در تصمیم‌گیری بر اساس آن وجدان جایگاه و اولویتی بیش از قواعد انعطاف‌ناپذیر دارد (Hudson 2015: 12, 14)، تصمیم‌گیری بر

مبنای اصل انصاف شامل جست‌وجو برای یک راه‌حل حقوقی منصفانه جهت حل اختلاف موجود است (Blaszczak & Kolber 2013: 200).

در عین حال، تمایز بین انواع مختلف اصل انصاف، که هر یک ویژگی‌ها و کارکردهای متمایز از دیگری دارند، شناسایی شده است.^۱ در دسته‌بندی سنتی از آن، اصل انصاف به انصاف در چارچوب حقوق، انصاف فراحقوق، و انصاف مغایر با حقوق تقسیم شده است (Lowe 1989: 56) که تعریف و کارکرد آن‌ها در مباحث بعد به تفکیک بررسی می‌شود.

ماهیت اصل انصاف

ماهیت مفاهیم منصفانه در سیستم‌های حقوقی مختلف همواره محل اختلاف نظر بوده است (Janis 1984: 7). در مورد ماهیت اصل انصاف، به منزله یکی از اصول کلی حقوقی، سه تحلیل وجود دارد. دیدگاه نخست از آن کسانی است که آن را ناشی از مقررات موضوعه و در زمره قواعد عرفی عام می‌دانند. در دیدگاه دوم آن را با حقوق فطری یکی می‌دانند. و در دیدگاه سوم میراث حقوقی مشترک بشریت و برآمده از حقوق داخلی تلقی می‌شود (افتخاری ۱۳۸۸: ۸۵ - ۸۶).

نظریه‌ای درباره منبع جانبی یا غیرمستقیم بودن اصل انصاف وجود دارد که می‌گوید هنگام استفاده از اصل انصاف برای موارد خاص استثنائاتی در قواعد حقوقی غیرمنعطف ایجاد می‌شود که تطبیق آن موارد با حقوق و بررسی موضوعات به طور جداگانه به ایجاد هنجارها منجر می‌شود. در واقع، این اصل منبع حقوق و هنجار مستقیم تلقی نمی‌شود (Falcon Y Tella 2008: 112-114). ازین رو، اصل انصاف، از نظر ماهیت، نه به منزله یک منبع مستقل، بلکه به مثابه یکی از اصول کلی حقوقی پذیرفته شده است. البته، با توجه به دیدگاه‌های مختلف حقوق‌دانان درباره این اصل، می‌توان گفت گاهی ماهیت ابزار، گاهی ماهیت منبع بودن، و گاهی بدون توجه به منبع یا ابزار بودن آن به منزله یکی از اصول کلی حقوقی و واجد ماهیت فراحقوقی مورد توجه قرار گرفته است.

۱. حقوق‌دانان بین‌المللی بر آن‌اند که توسل به انصاف به منزله یک اصل کلی حقوقی در مراجع بین‌المللی باید توسط حقوق بین‌الملل بررسی شود؛ به نحوی که در شرایط متفاوت هر یک از سه نوع اصل انصاف مورد استفاده قرار گیرد (Andenæs & Chiuss 2017: 14).

برخی حقوق‌دانان موضوع قابل توجه در مورد ماهیت اصل انصاف را کاربرد آن به مثابه یک ابزار اساسی برای حل تعارض بین حقوق و اخلاق می‌دانند (Blaszczak & Kolber 2013: 198-199). ازین رو، در این نظریه، ماهیت ابزاری اصل انصاف مد نظر است. حال آنکه، عده‌ای دیگر اصل انصاف را نوعی از حقوق نرم نامیده‌اند که با قرار گرفتن در کنار حقوق انعطاف‌ناپذیر از شدت و سختی عقوبت محکوم علیه می‌کاهد (امینی ۱۳۹۵: ۳۲).

اصل انصاف بخشی از حقوق داخلی و بین‌الملل و در واقع جزئی از قانون قابل اعمال است^۱ که تصمیمات مبتنی بر آن در چارچوب و درون محدودیت‌های قانونی اتخاذ می‌شود^۲ (Belohlavek 2013: 41). بنابراین، اصل انصاف یک قاعده حقوقی تلقی می‌شود.

گرچه تصور هنجارهای قانونی بدون انصاف امکان‌پذیر است، توسعه انصاف بدون هنجارهای قانونی میسر نیست. در واقع، اصل انصاف از هنجارهای قانونی الهام گرفته است و گاهی به جای این هنجارها اعمال می‌شود (Falcon Y Tella 2008: 151). البته، درباره ماهیت انصاف به مثابه یک اصل کلی حقوقی و اینکه آیا یک هنجار قانونی است یا صرفاً یک دستورالعمل رفتاری اختلاف‌نظرهایی نیز وجود دارد و در مجموع برخی آن را یک هنجار قانونی تلقی کرده‌اند (Blaszczak & Kolber 2013: 190, 194)؛ گرچه به نظر می‌رسد این اصل را به‌خصوص در نوع اول و دوم، یعنی انصاف در چارچوب حقوق و انصاف فراحقوق، بتوان یک هنجار قانونی محسوب کرد.

انواع اصل انصاف

همان‌طور که اشاره شد، اصل انصاف بر سه نوع انصاف در چارچوب حقوق،^۳ انصاف فراحقوق^۴، و انصاف مغایر با حقوق^۵ است که نوع نخست آن از دو نوع دیگر متمایز است (Maniruzzaman 2003: 3). در ادامه به بررسی هر یک از این انواع و ویژگی‌های آن‌ها پرداخته می‌شود.

۱. اصل انصاف به منزله منبع مجزا و مستقل از حقوق مورد مناقشه است (Malcolm 2008: 107).

۲. در این کارکرد است که اصل انصاف می‌تواند نقش بسیار چشمگیری به مثابه یک قاعده حقوقی ایفا کند (Brownlie 2008: 25).

3. Infra legem

4. Praeter legem

5. Contra legem

انصاف در چارچوب حقوق

انصاف در چارچوب حقوق به تفسیر قانون بر اساس انصاف و در چارچوب همان قواعد حقوقی نظر دارد (Handel 1996: 660) که دلیل آشکار چندانی برای تمایز بین آن و حقوق وجود ندارد. این نوع انصاف هنگامی استفاده می‌شود که مفاد هنجاری قانون ماهوی نتواند بدون اقدامات توصیفی، که چارچوب حقوق را بر حسب شرایط خاص هر مورد تعیین می‌کند، اعمال شود (Lowe 1989: 56). در واقع، انصاف در این مفهوم یک عمل قضایی است که در مقام تفسیر از قانون و قواعد حقوقی، به منظور تطبیق مقررات بر وضع پدیده و اعمال روح حاکم بر قانون، صورت می‌پذیرد.

برخی محققان بر آن‌اند که مفهوم انصاف در چارچوب حقوق چیزی بیش از خود حقوق نیست (Lowe 1989: 57). برخی دیگر، که قائل به یکسانی آن‌ها نیستند، بر آن‌اند که این نوع انصاف زمانی معنا می‌یابد که مرجع رسیدگی، در مقام اعمال مقررات موضوعه، خود را محصور به قاعده حقوقی نمی‌کند؛ بلکه به تفسیر قاعده، با توجه به تحولات آن در طول زمان و با عنایت به واقعیات موجود و اوضاع و احوال قضیه، جهت نیل به نتیجه منصفانه، اقدام می‌کند (Schachter 1982: 84). به نظر می‌رسد اگر این دو مشابه هم تلقی شوند، دیگر هیچ نیازی به استفاده از انصاف در چارچوب حقوق وجود نخواهد داشت. در نتیجه، قاضی یا داور در مقام انجام دادن وظیفه خود در جایگاه کاربر حقوق نباید خود را محدود به اجرای حقوق کند؛ بلکه باید به قدرت خلاق حقوقی خود رجوع کند و سبب خلق هنر قضاوت منصفانه شود.

آزادی عمل قاضی یا داور، هنگام اعمال انصاف در چارچوب حقوق، تا حدی است که قانون را تفسیر و ابهامات آن را در چارچوب حقوق مرتفع و تبیین می‌کند.^۱ هنگامی که مرجع رسیدگی این نوع انصاف را به کار می‌برد باید چارچوب حقوق بین‌الملل را رعایت کند و در این صورت نیازی به اجازه صریح طرفین جهت توسل به آن نیست (Janis 1983: 12; 1984: 75). مؤسسه حقوق بین‌الملل در قطعنامه سال ۱۹۳۷ تصریح کرده است که مرجع رسیدگی، در صورت نیاز به

۱. انصاف در چارچوب حقوق به قدرت انتخاب مرجع رسیدگی از بین چندین احتمال تفسیر حقوق جهت نیل به نتیجه منصفانه اشاره دارد (Bharti 2016: 5).

اعمال انصاف در چارچوب حقوق، حتی در فقد اجازه صریح طرفین در توسل به آن نیز مجاز به اعمال این اصل است (Duro Degan 2010: 140-141). بنابراین، این نوع انصاف قاضی یا داور را مجاز به غلبه بر معنای واضح هر متن حقوقی قابل اعمال می‌کند.

انصاف فراحقوق

هر زمان یک دیوان قضایی یا داوری بر اساس حقوق بین‌الملل و انصاف نیز تصمیم‌گیری می‌کند نقش نوع دوم از اصل انصاف مطرح می‌شود^۱ (Janis 1983: 12). بنابراین، انسجام بین انصاف و حقوق منجر به اختیارات بیشتر برای مرجع رسیدگی می‌شود.

دومین نوع اصل انصاف در حاشیه و کنار حقوق قرار دارد و دارای اثر تکمیلی در رابطه با هنجار حقوقی است. هنگامی که با خلأ حقوقی جهت اعمال در موارد خاص مواجهیم و هنجاری برای تفسیر وجود ندارد، انصاف فراحقوق منجر به پر شدن خلأ موجود در سیستم حقوقی می‌شود (Falcon Y Tella 2008: 132-133). در واقع، این نوع از اصل انصاف هنگامی اعمال می‌شود که یک هنجار به طور مستقیم یک رابطه خاص را بدون ایجاد روش حقوقی جدید و صرفاً با ارائه راه‌حل معتبر و شناخته‌شده تنظیم می‌کند.

توسل به انصاف فراحقوق، که نیازمند رضایت خاص طرفین اختلاف نیست^۲ (Francioni 2013: 7)، نه برای پر کردن خلأهای اجتماعی موجود در حقوق، بلکه به منظور جبران عدم کفایت حقوق حاکم و پر کردن منطقی نقاط مبهم آن اعمال می‌شود. مثلاً، رجوع به این نوع از اصل انصاف به منظور پر کردن خلأ ناشی از فقدان قوانین دقیق برای تعیین میزان جبران خسارت صورت می‌پذیرد (Lowe 1989: 56, 58). بنابراین، این نوع انصاف، بدون نیاز به رضایت طرفین، به‌سادگی سبب تکمیل حقوق می‌شود.

انصاف مغایر با حقوق

اختیار یک قاضی یا داور برای تصمیم‌گیری بر اساس انصاف مطلق در واقع به انصاف مغایر با

۱. پروفیسور سوهان بر آن است که این نوع انصاف فراتر از حقوق است؛ به نحوی که یک دیوان قدرت تصمیم‌گیری هم‌زمان بر اساس انصاف و حقوق را دارد (Maniruzzaman 2003: 3).

۲. اجازه رجوع به انصاف فراحقوق زمانی است که حقوق ساکت، مبهم، یا ناکافی باشد (Janis 1984: 75).

حقوق اشاره می‌کند.^۱ البته، باید یک پیش شرطی مبنی بر غلبه اعمال عدالت، که تجلیگر این نوع از انصاف است، وجود داشته باشد (3: Maniruzzaman 2003).

هنگامی بحث انصاف مغایر با حقوق مطرح می‌شود که متن حقوق قابل اعمال با هدف واقعی ایجاد آن مغایرت داشته باشد. از آنجا که اعمال این اصل به اصلاح قانون منجر می‌شود، به طور کلی، اخذ اجازه در این زمینه نیز توسط دادگاه‌ها یا دیوان‌های بین‌المللی محل بحث است (White 2004: 110). در نظریه کلسن، تمایز بین اعمال حقوق و ایجاد حقوق از بین می‌رود و سپس منجر به ایجاد مفهومی به نام انصاف مغایر با حقوق می‌شود. اما، با وجود درک فرامرزی از حقوق بین‌الملل و قبول تمایز بین دو فرایند حقوقی یادشده، اعمال این نوع اصل انصاف یک تکلیف قضایی است که به دشواری توسط دادرس یا داور در خارج از قلمرو قانون تفسیر و اعمال می‌شود (14-15: Andenæs & Chiussi 2017).

این نوع انصاف، که بر اختیار مرجع رسیدگی جهت عمل مغایر با حقوق تا حد بی‌اعتنایی به تکنیک‌های فنی حقوق دلالت دارد، از نظر پروفیسور سوهان این نتیجه را در پی دارد که حداقل یک برابری و هم‌ارزی بین اختیار داور در انصاف نوع سوم و اصول عدل و انصاف وجود دارد و پیوند مفیدی را بین این دو ایجاد می‌کند (12: Janis 1983). اما، با توجه به اینکه در انصاف مغایر با حقوق قاضی یا داور به کنار گذاشتن قانون حاکم و سپس اعمال اصل انصاف، به منزله یک اصل کلی حقوقی، اقدام می‌کند، این نظر نمی‌تواند صحیح باشد.

به نظر برخی محققان، انصاف مغایر با حقوق معمولاً با اختیارات ویژه اعطایی طرفین به مرجع رسیدگی مربوط می‌شود^۲ تا اختلافات خود را با استفاده از بند ۲ ماده ۳۸ دیوان بین‌المللی دادگستری حل و فصل کنند (142: Duro Degan 2010). اما، این دیدگاه به لحاظ اینکه انصاف مغایر با حقوق یکی از انواع اصل انصاف و جزئی از قواعد حقوقی است، و نه اصول عدل و انصاف، صحیح به نظر نمی‌رسد.

۱. انصاف مغایر با حقوق یا جایگزین یا اصلاحی نوع سوم اصل انصاف است (133: Falcon Y Tella 2008).

۲. *contra legem*. به انحراف از قاعده حقوقی به واسطه رضایت صریح طرفین اختلاف اشاره دارد (محبی و امینی ۱۳۹۳: ۱۰).

بررسی تطبیقی انواع اصل انصاف

انصاف در چارچوب حقوق، فراحقوق، و مغایر با حقوق هر سه از انواع اصل انصاف‌اند. انصاف در چارچوب حقوق نوعی تفسیر از قواعد حقوقی است و دامنه عملکرد مرجع رسیدگی در تفسیر صرفاً در حدود آن قواعد حقوقی است. این در حالی است که در انصاف فراحقوق قاضی یا داور در موارد سکوت قانونی، با در نظر گرفتن توأمان انصاف و حقوق، نه محدود به چارچوب قواعد حقوقی قابل اعمال بلکه فراتر از آن اقدام به رسیدگی می‌کند. اما، انصاف مغایر با حقوق هنگامی اعمال می‌شود که، حسب شرایط و اوضاع و احوال خاص، امکان اعمال مفاد قانون قابل اعمال یا حاکم وجود ندارد یا اینکه سبب حصول نتیجه‌ای عادلانه نمی‌شود. در این صورت، قاضی یا داور، با کنار گذاشتن قانون قابل اجرا و اعمال انصاف مغایر با حقوق، درصدد حصول نتیجه منصفانه برمی‌آید.^۱

عده‌ای بر آن‌اند که هنگامی که به نوع سوم اصل انصاف، به منزله یک هنجار مقابل قانون، توسل می‌شود، همانند اصول عدل و انصاف، به رضایت طرفین اختلاف نیاز است. اما، در واقع، سازگاری با شرایط مختلف زمینه‌اجازه توسل به این اصل را از سوی قاضی یا داور فراهم می‌کند (Francioni 2013: 7). بنابراین، توسل به انصاف مغایر با حقوق نیز، همانند دو نوع دیگر، نیازمند رضایت طرفین اختلاف نیست.

اگرچه سابقه توجه به اصل انصاف، در حقوق داخلی کشورها، به سال ۱۶۲۵ برمی‌گردد و بر اساس نظریه سنتی غرب انواع سه‌گانه آن به تدریج شناسایی شد (Janis 1983: 7-14)، در قانون‌گذاری‌های داخلی، توجه چندانی به تفکیک انواع آن صورت نپذیرفته است.^۲

۱. مرجع تصمیم‌گیری نمی‌تواند به لحاظ اینکه قانون صرفاً در یک مورد ویژه و نه کلی به طور ناعادلانه ظاهر شده است،

با اعمال انواع اصل انصاف، اقدام به حذف قانون کند (Falcon Y Tella 2008: 100).

۲. در حقوق آلمان از ۱۸۹۶ اجازه تفسیر قانون برای نیل به انصاف داده شد. ماده ۴ قانون مدنی سوئیس، مصوب ۱۹۱۲، نیز

قضات را مجاز به تصمیم‌گیری بر اساس حقوق و انصاف کرد (Falcon Y Tella 2008: 73-77). در ایالات متحده

امریکا نیز از اواخر قرن ۱۹ دادگاه‌های عالی عدالت شروع به اعمال انصاف در آرای خود کردند (Oleck 1951: 41-)

(42; Sheppard 2009: 341).

انواع کارکردهای اصل انصاف

اصل انصاف دارای کارکردهای ویژه و مفید در حل و فصل اختلافات است؛ تا آنجا که رسیدن به نتیجه عادلانه، که می‌توان آن را کارکرد ابتدایی این اصل تلقی کرد، مشوق اهل نظر جهت توسل به آن است. در واقع، استدلال مبتنی بر انصاف می‌تواند استدلال عملی متمایز از استدلال حقوقی در نظر گرفته شود (Lowe 1989: 70). اگرچه اصول منصفانه و قابلیت اجرایی آن از طرف حقوق‌دانان بین‌المللی به رسمیت شناخته شده است، در رابطه با کارکرد و نحوه عملکرد آن دیدگاه‌های متفاوتی وجود دارد (Chattopadhyay 1975: 392).

توسل به هر یک از این سه نوع اصل انصاف در رسیدگی‌ها به تضمین این امر منجر خواهد شد که حقوق مطابق با عرف و عادت تجاری و رویه مورد عمل در روابط قراردادی بین طرفین اعمال شود. در واقع، این روش تصمیم‌گیری منصفانه تداوم را بین مقررات قانونی قابل اعمال در معنای دقیق و کارکرد اختیارات اعطائی تضمین می‌کند (Belohlavek 2013: 44). با این توضیحات، در ادامه به بررسی انواع کارکردهای اصل انصاف پرداخته می‌شود.

انصاف، تعدیل‌کننده قواعد حقوقی

اصل انصاف گاه قواعد حقوقی را جهت انعطاف‌پذیری و حل مسئله متنازع فیه تعدیل می‌کند (سیف ۱۳۸۶: ۵). جرح و تعدیل قواعد حقوقی عبارت است از تعدیل نتیجه حاصله از اعمال قواعد حقوق موضوعه موجود که به شکل «قاعده حد اعلا»^۱ عینیت خارجی دارند (موسی‌زاده ۱۳۷۶: ۲۴۴). انصاف در چنین عملکردی عمدتاً هنگام تفسیر یا اعمال مقررات موضوعه مشاهده می‌شود. فرایند ایجاد تعدیل منصفانه قضایا، که آن را مربوط به انصاف در چارچوب حقوق می‌دانند (میرعباسی و باقرزاده ۱۳۸۹: ۳۵۰)، به این صورت است که مرجع رسیدگی‌کننده به اختلاف به ارزیابی هر یک از اوضاع و احوال مؤثر بر اساس میزان اهمیت آن‌ها در مقایسه با دیگر موارد می‌پردازد. سپس قانون حاکم را تعیین می‌کند. آن‌گاه در پرتو قانون حاکم با توجه به مجموعه تأثیر متقابل ملاحظات مختلف بر یک‌دیگر و تعدیل نتیجه ناشی از قاعده حاکم، به حل موضوع مورد اختلاف می‌پردازد (ICJ Reports 1985: 47; Miyoshi 1993: 197).

اگر نتیجه ناشی از اعمال فرضی قاعده منصفانه نباشد، به این معناست که عدالت حقوقی و عدالت واقعی بر یکدیگر منطبق نبوده است. ازین رو، باید با توجه به قانون حاکم و نیز اصول منصفانه نتیجه نهایی را به گونه‌ای تعدیل کرد که به نظر منصفانه باشد (Rosenne 2006: 1543-1544). بر اساس این نوع کارکرد انصاف، که منجر به تعدیل حقوق و قانون می‌شود، مرجع رسیدگی، در پرتو اوضاع و احوال حاکم، باید با توسل به انصاف، نزدیک‌ترین تفسیر به مقتضیات عدالت را به عمل آورد.

هرگاه مرجع رسیدگی بخواهد یک هنجار قانونی را نسبت به یک مورد واقعی اعمال کند، فرایندهای اعمال و تفسیر به هم وابسته می‌شوند. در مسیر تفسیر یک هنجار باید به بررسی اعتبار و معنای هنجارهای قابل اعمال نسبت به موضوع مورد اختلاف، بررسی صحت ایجاد تفسیر بر اساس موضوعات معتبر و تبعیت از رویه‌های صحیح، بررسی قابلیت تطبیق تفسیر صورت گرفته با واقعیت‌های ثابت شده، بررسی امکان ورود واقعیت‌های ثابت شده به حوزه هنجارهای قابل اعمال، و در نهایت به بررسی پیامدهای قانونی برای وقایع اثبات شده و قانونی پرداخته شود (Falcon Y 2008: 95). در نتیجه، قاضی یا داور جهت نیل به کارکرد تعدیلی اصل انصاف، که از طریق تفسیر هنجار حقوقی صورت می‌پذیرد، باید اقدام به اعمال انصاف در چارچوب حقوق کند.

انصاف، تکمیل‌کننده قواعد حقوقی

زمانی که انصاف به مفهوم یک سیستم حقوقی مجزاست، برای پر کردن خلأ حقوق موضوعه مدون و غیر مدون به کار می‌رود.^۱ در این صورت، قاعده‌ای را که باید اجرا شود بیان می‌کند و مرجع رسیدگی می‌تواند با کمک انصاف در موارد سکوت یا اجمال قاعده حقوقی به حل یک موضوع بپردازد (سیف ۱۳۸۶: ۵).

برخی محققان بر آن‌اند که قرار دادن اصول کلی حقوقی، از جمله اصل انصاف، در زمره یکی از منابع حقوق بین‌الملل با هدف تکمیل نظام حقوق بین‌الملل صورت پذیرفته است.^۲ به عبارت

۱. اختیار اعمال مفهوم منصفانه فراتر از حقوق با هدف اصلی تکمیل حقوق صورت می‌پذیرد (Herboczková 2008: 4).

۲. پرفسور ویرالی بر آن بود که در صورت عدم کفایت حقوق و عرف می‌توان بر اساس بند ۱ ماده ۳۸ اساسنامه دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی به انصاف فراحقوق متوسل شد (Mohebi 1999: 123).

دیگر، به لحاظ اینکه حقوق بین‌الملل، در مقایسه با حقوق داخلی، نامطمئن‌تر است هدف از درج اصول کلی حقوقی پیشگیری از خلأ حقوقی بوده است (Alain 2012: 764-765). در این صورت، انصاف فراحقوق به مثابه یکی از انواع اصل انصاف، که خود یکی از اصول کلی حقوقی است، به تکمیل خلأهای حقوقی منجر می‌شود.

درباره نقش تکمیلی قواعد حقوقی، که توسط انصاف فراحقوق صورت می‌پذیرد، می‌توان گفت ایفای نقش در وضعیتی است که هیچ‌یک از مقررات موضوعه پاسخگوی مسئله مطروحه نیست^۱ (Akehurst 1976: 802). غالب حقوق‌دانان بر آن‌اند که در صورت سکوت مقررات موضوعه هیچ‌یک از مراجع محق برای وضع قاعده جهت مرتفع ساختن خلأ و حل اختلاف نیستند^۲ (Verzijl 1968: 67-69). در واقع، قانون‌گذار ممکن است هنجارهای قانونی خاصی را کنار بگذارد که از نظر او غیرضروری هستند. این نقص هنجاری، پس از مداخلات تفسیری قاضی یا داور، به واسطه اصل انصاف، کامل و آماده برای حل و فصل اختلاف می‌شوند.

اساساً، سه روش مختلف برای پر کردن خلأها، از طریق ادغام، وجود دارد. گاه، یک سیستم حقوقی، به واسطه یک منبع دیگر، سیستم متفاوتی را جهت پر کردن خلأ ایجاد می‌کند. در روش دوم، که فرایندی خودمکمل است، نیز می‌توان از طریق قیاس اصول کلی حقوقی و انصاف را به پر کردن خلأها اختصاص داد. روش متمایز سوم صلاحیت یا اختیار قضایی است که به واسطه آن قاضی یا داور دارای اختیار تفسیر قوانین جهت پر کردن خلأهاست (Falcon Y Tella 2008: 108-109). به نظر می‌رسد شیوه دوم ادغام بیشتر به انصاف در چارچوب حقوق و کارکرد تعدیلی آن نظر دارد. بنابراین، گرچه ممکن است حقوق‌دانان شیوه‌های متفاوتی را جهت پر کردن خلأها ارائه دهند، وجه مشترک همه آن‌ها این است که این اقدام توسط اصل انصاف از نوع فراحقوق به انجام می‌رسد.

۱. مرجع رسیدگی‌کننده تا حدی مجاز به تفسیر قانون، جهت تکمیل خلأهای موجود، است که منجر به تبدیل آن به یک ساختار حقوقی کامل شود (Falcon Y Tella 2008: 100).

۲. تاکنون در هیچ موردی مراجع قضایی یا داور، با استناد به نقص قانون، از صدور رأی خودداری نورزیده‌اند. زیرا توسل به انصاف وسیله‌ای جهت مرتفع ساختن خلأ و حل اختلاف و طریقی برای مواجهه با چنین معضلی است (Castberg in Lapidoth 1987: 143).

انصاف به مثابه تصحیح‌کننده قواعد حقوقی یا جایگزین آن‌ها

هنگامی که اعمال نوع سوم انصاف منجر به تصحیح قواعد حقوقی می‌شود، در واقع، حقوق مخالف با هدف و روح حقیقی انصاف است که منجر به جدایی آن از مقررات موضوعه می‌شود (White 2004: 110). عده‌ای از حقوق‌دانان از این کارکرد انصاف به منزله تصحیح‌کننده قواعد حقوقی نام می‌برند و آن را چنین تعریف می‌کنند: «این نوع انصاف در عبور از قانون حاکم برای جبران ناکارآمدی‌های اجتماعی قانون به کار می‌رود.» (Lowe 1989: 56) و ضمن اینکه آن را بحث‌برانگیزترین و کم‌شناخته‌ترین نوع انصاف در حقوق می‌دانند، بر آن‌اند که ممکن است اصل انصاف، در اوضاع و احوال خاص، برای کنار گذاشتن اعمال قوانین مبتنی بر آن شرایط به کار رود (Burke 2011: 91).

تصحیح یا جایگزینی قواعد حقوقی توسط اصل انصاف به این صورت است که با توجه به اینکه یکی از انواع خلأها خلأهای نامناسب‌اند این خلأها به دو دسته «خلأهای فنی»^۱ و «خلأهای ارزشی»^۲ تقسیم می‌شوند. خلأهای ارزشی ناشی از بی‌عدالتی هنجارهای قانونی است که در واقع نقص هنجار مربوطه تلقی می‌شود. مرجع رسیدگی، در این فرض، قانونی را که منجر به نتایج ناعادلانه می‌شود، با اعمال اصل انصاف، تحت تفسیر قرار می‌دهد و با ارائه یک مفهوم دقیق‌تر هنجار یادشده را کنار می‌گذارد.^۳ خلأهای فنی نیز دلیلی برای انتزاع از قانون‌اند که در این صورت اصل انصاف با کارکرد تصحیحی آن برای سازگار کردن قانون کلی، از طریق تصحیح کلیت‌های قانونی یا تصحیح حوزه قانونی، وارد عمل می‌شود (Falcon Y Tella 2008: 100-104). در نتیجه، اصل انصاف در این کارکرد منتهی به کنار گذاشتن یا تصحیح حقوق حاکم می‌شود که این کارکرد ناشی از اعمال انصاف مغایر با حقوق است.

برخی حقوق‌دانان بر آن‌اند که نوع دیگری از خلأها خلأ تعارضی^۴ است که به علت وجود هنجارهای متعدد قابل اعمال نسبت به شرایط مشابه، در عمل، در تضاد با یک‌دیگر قرار دارند. در

1. Technical Gaps

2. Axiological Gaps

۳. ممکن است در قضیه‌ای هیچ خلأ قانونی وجود نداشته باشد؛ اما قاضی یا داور نادیده گرفتن قوانین حاکم را مناسب‌تر تشخیص دهد. در این صورت انصاف نقش جانشینی قوانین موجود را ایفا می‌کند (امیدی ۱۳۸۸: ۶۸).

4. Gaps of Conflict

این صورت، باید بررسی شود که با توجه به شرایط کدام یک از آن هنجارها دارای مزیت خاصی است که بتوان به سمت آن تمایل پیدا کرد یا اینکه اصولاً مطلوب در این است که صرفاً اصل انصاف اعمال شود. در مواردی که علاوه بر متن قانون روح قانون نیز ناعادلانه است، باید یک هنجار مناسب جایگزین آن شود که این موضوع به انصاف مغایر با حقوق اشاره می کند (Falcon (Y Tella 2008: 105-107).

در هر حال، در خلأهای ارزشی، فنی، و تعارضی می توان از طریق اعمال انصاف مغایر با حقوق و تصحیح یا کنار گذاشتن آن هنجار خلأ مربوطه را مرتفع کرد. در ضمن، طبق برخی دیدگاه‌ها، که در پی می آید، انصاف مغایر با حقوق منجر به حذف قاعده حقوقی و عملکردی مشابه اصول عدل و انصاف می شود، که نقدی گذرا نیز به آن خواهد شد.

در این دیدگاه، نظر بر این است که اعمال نوع سوم اصل انصاف ممکن است به حذف قاعده حقوقی منجر شود و در این حالت اولین شرط لازم این است که طرفین از قاضی یا داور بخواهند، بدون توجه به قوانین و قواعد حقوقی، صرفاً بر اساس انصاف تصمیم بگیرد (سیف ۱۳۸۶: ۵). در این فرایند، اعمال انصاف مغایر با حقوق مبتنی بر مصلحت‌اندیشی و انصاف است (Trakman 2008: 639) که جوهره این اصل بر تقابل با حقوق موضوعه است و مرجع رسیدگی، در صورت ضروری تشخیص دادن اعمال آن، ناگزیر از تقابل با قواعد حقوقی است (Zimmermann 2006: 733). با توجه به اینکه، اصولاً طرفین اختلاف از مراجع بین‌المللی انتظار اعمال، و نه تصحیح، حقوق بین‌الملل را دارند، مرجع رسیدگی نباید از قواعد موضوعه موجود فراتر رود؛ مگر اینکه از سوی طرفین چنین اختیاری از قبل به قاضی یا داور اعطا شده باشد (Janis 1984: 76). با وجود چنین مجوزی، مرجع حل اختلاف از اجرای دقیق قواعد حقوقی به منظور رسیدن به نتیجه منصفانه معاف می شود (ICJ Reports 1982: 79).

به نظر می رسد، حقوق دانانی که قائل به کارکرد حذف قواعد حقوقی برای انصاف مغایر با حقوق اند، این نوع انصاف را، نه به منزله یکی از انواع اصل انصاف که جزئی از قواعد حقوقی است، بلکه به عنوان یکی از اقسام انصاف و در کنار اصول عدل و انصاف مد نظر قرار می دهند.

بررسی تطبیقی کارکردهای انواع اصل انصاف

آنچه تعیین‌کننده کارکرد انواع مختلف اصل انصاف است نوع نقص موجود در آن هنجار است که این نقص، گاه به طور کاملاً جزئی، گاه ناشی از عدم کفایت قواعد حقوقی، و گاه ناشی از غیرمنصفانه بودن هنجارها یا عدم انطباق و ضعف فنی هنجارهای کلی یا تعارض بین چند قاعده حقوقی است. ازین‌رو، حسب بررسی‌های صورت‌گرفته در زمینه نواقص موجود در هنجارها، کارکردهای اصل انصاف عبارت است از تعدیل قانون سختگیرانه، تکمیل قواعد حقوقی، و در نهایت تصحیح و ایجاد نوآوری در هنجارها^۱ (Falcon Y Tella 2008: 96-97). از آنجا که وجود این نواقص در قوانین به این معنا نیست که سیستم حقوقی کاملاً به طور رسمی یا مادی ناقص است، به واسطه اعمال انواع اصل انصاف در سطوح مختلف، که خود جزئی از قواعد حقوقی‌اند، کارکردهای متفاوتی جهت رفع خلأهای یادشده به مرحله بروز و ظهور می‌رسند.

بنابراین، انصاف در چارچوب حقوق، که صرفاً به تفسیر جزئی از قواعد حقوقی می‌پردازد، کارکرد تعدیلی، انصاف فراحقوق، که به پر کردن خلأهای حقوقی می‌پردازد، کارکرد تکمیلی، و انصاف مغایر با حقوق یا تصحیح یا کنار گذاشتن قواعد حقوقی، کارکرد تصحیحی، یا کارکرد جایگزینی قواعد حقوقی را اعمال می‌کند.

با دقت و موشکافی در آرای مربوط صادره از دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی^۲ و آن‌گاه دیوان بین‌المللی دادگستری^۳ و همچنین دیوان دعاوی ایران و امریکا^۴، که اصل انصاف در موارد و موقعیت‌های مختلف مورد توسل قرار گرفته است، به‌صراحت می‌توان پی برد که حسب مورد

۱. قاضی هادسن بر آن است که کار اصل انصاف تعدیل و تلطیف قواعد انعطاف‌ناپذیر، جلوگیری از بی‌عدالتی در قضیه‌ای

خاص، و ارائه گریزگاهی برای عبور از موانع و حصارهایی که تجربه ایجاد کرده است (مجبی ۱۳۸۳: ۷۱).

۲. در پرونده منصرف‌سازی آب از رودخانه میوس، در دعاوی هلند علیه بلژیک در ۱۹۳۳، دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی، بر اساس اصل انصاف رأی صادر کرده است (White 2004: 107-115).

۳. دیوان بین‌المللی دادگستری در دعاوی فلات قاره دریای شمال در ۱۹۶۹ و تعیین مرزهای دریایی فرانسه و یونایتد کینگدام در ۱۹۷۷ و لیبی و تونس در ۱۹۸۲ با استناد به اصل انصاف اقدام به صدور رأی کرد (Chattopadhyay 1975: 383-384).

۴. در دعاوی بین ایران- فورموس و اوپیک، جهت تعیین تقریبی خسارات وارده به ایران در قضیه پرونده الف- ۲۴، در سال ۲۰۱۴ بر اساس اصل انصاف با کارکرد تعدیلی رأی صادر شد (Schwebel 2015: 369).

انواع کارکردهای این اصل، اعم از تعدیلی و تکمیلی و تصحیحی، مورد توجه بوده است. بنابراین، گرچه در حقوق داخلی و حتی بین‌المللی اهتمام لازم جهت تفکیک انواع اصل انصاف صورت پذیرفته است، در عمل، کارکردهای مختلف این اصل در حل و فصل اختلافات، به‌ویژه در مراجع بین‌المللی، همواره نقش‌آفرین و راهگشا بوده است.

جایگاه اصل انصاف و انواع آن در حقوق ایران

گرچه، برای نخستین بار، در بند ۳ ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی جواز توسل به «اصول عدل و انصاف» در نظام حقوقی ایران پذیرفته شد، همان‌طور که در مقدمه آمد، موضوع مطالعه حاضر «اصل انصاف»، به منزله یکی از اصول کلی حقوقی، است.

در معدودی از مقررات قانونی، قانون‌گذار به‌صراحت به اصل انصاف اشاره کرده است. اما پاسخ به این سؤال که این اصل در قلمرو حقوق ایران در کدام‌یک از مفاهیم و کارکردهای سه‌گانه مد نظر بوده است به‌آسانی ممکن نیست و چنین امری فقط در گرو تبیین آن از طریق صاحب‌نظران حقوقی و آرا و رویه‌های قضایی است؛ به‌ویژه با توجه به اینکه اطلاع قانون‌گذار از انواع و کارکردهای مورد بحث دور از ذهن و انتظار به نظر می‌رسد. صرف‌نظر از این واقعیت، در رابطه با نوع و کارکرد انصاف در یکی از اصول قانون اساسی و برخی از مواد قوانین عادی، شاید بتوان به منزله درآمدی بر جایگاه و کارکردهای اصل انصاف در حقوق ایران، البته با احتیاط، این‌گونه اظهار نظر کرد:

دسته اول با توجه به کارکرد تعدیلی و تخفیفی آن به شکلی به انصاف از نوع در چارچوب حقوق اشاره دارد: اصل ۱۶۸ قانون اساسی، ماده ۳۰۵ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲، ماده ۴ قانون جرم سیاسی ۱۳۹۵، و مواد ۳۴ تا ۴۳ قانون مطبوعات ۱۳۷۹. در قلمرو حقوق کیفری، که البته خارج از مطالعه حاضر است. راجع به تصمیم‌گیری از سوی هیئت‌منصفه و ماده ۵۷۱ قانون تجارت ۱۳۱۱ درباره اعاده اعتبار تاجر ورشکسته.

دسته دوم با توجه به کارکرد تکمیلی آن به شکلی به انصاف از نوع فراحقوق اشاره دارد: ماده ۹۰ قانون مدیریت خدمات کشوری ۱۳۸۶ در قسمت حقوق و تکالیف کارمندان نسبت به اعمال انصاف در انجام دادن وظایف، ماده ۴۰ قانون کار ۱۳۶۹ درباره پرداخت‌های منصفانه و معقول

حق السعی کارگران، ماده ۵ متن سیاست‌های کلی خانواده در رابطه با تحکیم خانواده، و ماده ۱۹ منشور حقوق شهروندی در رابطه با حق اداره شایسته و حسن تدبیر امور. دسته سوم با توجه به کارکرد تصحیحی و جایگزینی آن به شکلی به انصاف از نوع مغایر با حقوق اشاره دارد: ماده ۱۷۹ قانون دریایی ۱۳۴۳ و اصلاحیه ۱۳۹۱ در رابطه با ابطال یا تغییر قرارداد غیرمنصفانه و ماده ۴۶ قانون حمایت از مصرف‌کننده ۱۳۸۸ در رابطه با بلااثر بودن شروط غیرمنصفانه به ضرر مصرف‌کننده.

نتیجه

اصل انصاف، که پل ارتباطی بین نظام‌های مختلف حقوقی و طرفین اختلاف است، به لحاظ عملکرد ویژه آن و ایفای نقش‌های تعدیلی و تکمیلی و تصحیحی حقوق‌اهمیتی بسزا در حل و فصل اختلافات دارد. این اصل دارای انواع مختلف، در چارچوب حقوق و فراحقوق و مغایر با حقوق، است که هر سه یک هنجار قانونی و جزئی از قواعد حقوقی تلقی می‌شوند و توسل به آن‌ها در سیستم‌های مختلف حقوقی، حسب اینکه اختیار اعمال اصل انصاف ناشی از خود قانون است، اغلب نیاز به رضایت طرفین اختلاف ندارد.

انصاف در چارچوب حقوق نوعی از انصاف است که یک روش تفسیری از قانون در شرایط خاص را تشکیل می‌دهد و نه تنها مخالف حقوق نیست، بلکه روشی جهت اجرای قواعد حقوقی تا حصول نتیجه منصفانه تلقی می‌شود. انصاف فراحقوق، که به پیوند انصاف و حقوق نظر دارد، هنگام ناکافی بودن قواعد حقوقی اعمال می‌شود. در این صورت، قاضی یا داور می‌تواند جهت رفع خلأ یادشده، علاوه بر اجرای حقوق حاکم، بر اساس انصاف نیز تصمیم بگیرد. انصاف مغایر با حقوق، هنگامی اعمال می‌شود که متن حقوقی قابل اعمال نامناسب یا متعارض باشد و مرجع رسیدگی در این نوع انصاف به کنار گذاشتن قانون قابل اجرا و سپس اعمال اصل انصاف، به مثابه یک اصل کلی حقوقی، که جزئی از قواعد حقوقی است، اقدام می‌کند. اعمال این نوع انصاف نیز، برخلاف اصول عدل و انصاف، که منجر به حذف یا لغو قواعد حقوقی می‌شود، نیازمند اجازه طرفین نیست. بنابراین، در مقام مقایسه این سه نوع از اصل انصاف می‌توان گفت این سه راه اعمال انصاف یک گستره شناور از کمترین به بیشترین تفسیر از حقوق را تشکیل می‌دهند.

بنابراین، به‌رغم اینکه اصل انصاف در حقوق داخلی و بین‌المللی مورد توجه و دارای کارکرد مهم است، در هیچ‌یک از مفاد قانونی یا اسناد بین‌المللی به انواع مختلف آن اشاره نشده است. گرچه نوع نقص موجود در هنجارها تعیین‌کننده کارکردهای مختلف انواع اصل انصاف است، این امر بر انتخاب یکی از انواع این اصل تأثیر مستقیم می‌گذارد. بنابراین، گاهی هدف از اعمال اصل انصاف تحکیم یا تعدیل قانون قابل اجرا در دعوا، اعم از قانون قراردادی یا انتخابی، یا مثلاً تعدیل میزان خسارت وارده است که در این صورت انصاف در چارچوب حقوق اعمال می‌شود. گاهی، به لحاظ خلأ عمیق قواعد حقوقی، امکان حصول نتیجه وجود ندارد؛ از جمله در رابطه با تعیین حدود مرز دریایی یا میزان خسارات وارده که از طریق تکمیل قانون قابل اجرا انصاف فراحقوق اعمال می‌شود و گاه نیز با تصحیح یا کنار گذاشتن قانون قابل اجرا، اعم از قانون ملی یا خارجی یا قراردادی، در جهت اعمال انصاف مغایر با حقوق تلاش می‌شود. در واقع، قاضی یا داور باید در مقام رسیدگی به پرونده‌ها خود را صرفاً محدود به قواعد حقوقی نکند و متن اصلی قانون را با رجوع به تصورات خاص خود مطالعه و با استفاده از انصاف اعمال خلاقیت کند. با وجود تلاش قانون‌گذاران در زمان تدوین قوانین، همواره این امکان وجود دارد که به لحاظ کلی بودن ماهیت آن‌ها قاضی یا داور با عدم تکافوی قوانین با شرایط خاص هر مورد در زمان اعمال آن‌ها مواجه شود؛ درحالی‌که این مشکل در سیستم حقوقی ایران کاملاً مشهود است و در تدوین قوانین هیچ‌یک از انواع مختلف اصل انصاف در مفهوم اعم، شامل اصل انصاف و اصول عدل و انصاف، جز در موارد معدود و آن هم غالباً به طور ضمنی مورد توجه قانون‌گذار قرار نگرفته است. متأسفانه، نظام دادرسی نیز نتوانسته است در ایجاد رویه قضایی در این قلمرو هیچ نقشی ایفا کند. با توجه به کارکردهای مختلف انواع اصل انصاف و تأثیر آن بر حل و فصل اختلافات، اعم از اختلافات ناشی از روابط حقوقی داخلی یا بین‌المللی، ضرورت ایجاد می‌کند قانون‌گذار به شناسایی و تبیین انواع این اصل و تعیین ضمانت اجرای مشخص و مؤثر برای اعمال قوانین مربوطه، هنگام تدوین آن‌ها، اقدام کند و قضات نیز، با ایجاد رویه قضایی، زمین‌ها هر چه بیشتر توسط به این اصل را فراهم آورند و بدین وسیله، به سوی تحقق آرمان جهانی، که همانا برقراری عدالت است، گام بردارند.

منابع

- افتخاری، رضا (۱۳۸۸). *مقدمه‌ای بر حقوق بین‌الملل عمومی*، مشهد، مرنديز.
- امیدی، علی (۱۳۸۸). *حقوق بین‌الملل، از نظریه تا عمل*، تهران، میزان.
- امینی، اعظم (۱۳۹۵). «بازاندیشی رابطه انصاف و حقوق»، پژوهش حقوق خصوصی، س ۵، ش ۱۶، صص ۳۱ - ۵۶.
- سیف، روزبه (۱۳۸۶). «مقدمه‌ای بر جایگاه انصاف در داوری بین‌المللی»، وبلاگ داوری، <http://dawari.blogfa.com>، صص ۱ - ۱۷.
- محبی، محسن (۱۳۸۳). *دیوان داوری دعوی ایران- ایالات متحده آمریکا*، ماهیت ساختار عملکرد، تهران، فردا.
- محبی، محسن؛ اعظم امینی (۱۳۹۳). «اصل انصاف و ظرفیت قاعده‌سازی آن در رویه دیوان بین‌المللی دادگستری»، *مجله حقوقی بین‌المللی*، ش ۵۱، صص ۹ - ۴۰.
- معین، محمد (۱۳۸۱). *فرهنگ فارسی متوسط*، چ ۱۹، تهران، امیرکبیر، ج ۲.
- موسی‌زاده، رضا (۱۳۷۶). *حقوق بین‌الملل عمومی (۱ - ۲)*، چ ۲، تهران، وزارت امور خارجه، مرکز چاپ و انتشارات.
- میرعباسی، سید باقر؛ رضوان باقرزاده (۱۳۸۹). «نقش انصاف در حل و فصل اختلافات بین‌المللی»، *حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی*، د ۴۰، ش ۲، صص ۳۴۵ - ۳۶۴.

References

- Akehurst, M. (1976). "Equity and General Principles of Law", *ICLQ*, Vol. 25, pp. 801-825.
- Alain, P. (2012). *The statute of the international court of justice: Commentary*, Edited by Andreas Zimmermann, Karin Oellers-Frahm, Christian Tomuschat, and Christian J. Tams, Oxford, Oxford University press, 2nd Edition.
- Amini, A. (2017). "Rethinking the Relationship of Fairness and Rights", *Journal of Private Law Research*, Vol. 16, pp. 31-56. (in Persian)
- Andenæs, M. & Chiussi, L. (2017). "GENERAL PRINCIPLES: COHESION AND EXPANSION OF INTERNATIONAL LAW", *Centre Universitaire de Norvège à Paris Fondation Maison des Sciences de l'Homme 190, Avenue de France, 75013 Paris*, pp. 1-23.
- Belohlavek, J. A. (2013). "Application of Law in Arbitration, Ex Aequo et Bono and Amiable Compositeur", *CYArb-Czech (& Central European) Yearbook of Arbitration: Borders of Procedural and Substantive Law in Arbitral Proceedings (Civil versus Common Law Perspectives)*, Vol. 3, pp. 25-52.
- Bharti, S. (2016). "A CRITICAL STUDY ON POWER OF THE ICJ TO DECIDE A

- CASE EX AEQUO ET BONO UNDER ARTICLE 38 (2)", *SHIV SHAKTI International Journal of Multidisciplinary and Academic Research (SSIJMAR)*, Vol. 5, No. 2, pp. 1-10.
- Blaszczak, L. & Kolber, J. (2013). "General Principles of Law and Equity as a Basis for Decision-Making in Arbitration", *Comparative Law Review*, Vol. 15, pp. 189-208.
- Brown, B. F. (1967). "Jurisprudence", By Ba Wortley. Manchester: Manchester University Press; New York: Oceana Publications, Inc, *The American Journal of Jurisprudence*, pp. 232-235.
- Brownlie, I. (2008). *Principles of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 7th Edition.
- Burke, C. J. (2009). *The Equitable Theory of Humanitarian Intervention*, Amsterdam Law Forum, University Amsterdam, Vol. 12.
- Chattopadhyaya, S. K. (1975). "Equity in international law: its Growth and development", *GA. J. INT'L & COMP. L.Q.*, pp. 381-407.
- Duro Degan, V. (2010). "Justice and International Law in the delimitation of the marine space", *EQUITY AND INTERNATIONAL LAW IN MARITIME DELIMITATIONS*, pp. 139-157.
- Eftekhari, R. (2010). *An Introduction to International Public Law*, Mashhad, Marandiz Publishing, 1st Edition. (in Persian)
- Falcon Y Tella, M. J. (2008). *Equity and Law*, Translated into English by Peter Muckley, Leiden, Boston, Martinus Nihoff, 1st Edition.
- Francioni, F. (2013). "Equity in International Law", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law [MPEPIL]*, Oxford Public International Law, pp. 1-14.
- Handel, J. (1996). "Equity in the American Courts and in the World Court", *Indiana International & Comparative Law Review*, Vol. 6, N. 3, pp. 637-677.
- Herboczková, J. (2008). "Amiable Composition in the International Commercial Arbitration", at: www.law.muni.cz, pp. 1-11.
- Hudson, A. (2015). *Equity and Trusts*, London and New York, Routledge, 8th Edition.
- ICJ Reports (1982). Continental Shelf (Tunisia v. Libian Arab Jamahiria), Judgment (A) and Sep.Op. Arechaga (B).
- ICJ Reports (1985). Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya v. Malta).
- Janis, M. (1983), "The ambiguity of equity in international law", *Brooklyn Journal of International Law*, Vol. 9, N. 7, pp. 7-34.
- Janis, M. (1984). "Equity in International Law", in: *Encyclopedia of Public International Law*, Edited by Rudolf Bernhardt, North-Holland Amsterdam, New York, Oxford, Vol. 7, pp. 74-78.
- Lapidoth, R. (1987). *Equity in International Law*, Proceedings of the ASIL, 81st Annual Meeting.
- Lowe, V. (1989). "The role of equity in international law", *Australian Year Book of International Law*, pp. 54-81.
- Malcolm, N. Shaw QC (2008). *International Law*, Cambridge, University Press, 6th Edition.
- Maniruzzaman, M. AFM (2003). "The Arbitrator's Prudence in Lex Mercatoria: Amiable Composition and Ex Aequo et Bono in Decision Making", *Mealey's International*

- Arbitration Report*, Vol. 182, pp. 1-12.
- Mirabasi, S. B. & Bagherzadeh, R. (2011). "The Role of Fairness in Settling International Disputes", *Journal Law*, Faculty of Law and Political Science, Vol. 2, pp. 345-364. (in Persian)
- Miyoshi, M. (1993). *Considerations of Equity in the Settlement of Territorial and Boundary Disputes*, Martinus Nijhoff Publishers, 1st Edition.
- Moein, M. (2003). *Medium Persian Culture*, Tehran, Amir kabir Publishing, Vol. 2, 19 th Edition. (in Persian)
- Mohebi, M. & Amini, A. (2015). "An Equity and its capacity to rule in the International Court of Justice", *Journal of International Law*, Vol. 51, pp. 9-40. (in Persian)
- Mohebi, M. (1999). *The International Law Character of the Iran-United States Claims Tribunal*, Martinus Nijhoff Publishers, 1st Edition.
- (2005). *The International Law Character of the Iran-United States Claims Tribunal*, Tehran, Fardafard Publishing, 1st Edition. (in Persian)
- Mousa Zadeh, R. (1998). *General International Law (1-2)*, Tehran, Ministry of Foreign Affairs, Publishing Center, 2nd Edition. (in Persian)
- Newman, R. A. (1965). "Place and Function of Pure Equity in the Structure of Law", *The Hastings Law journal*, V. 16, I. 3, A. 4, pp. 401-429.
- Oleck, H. L. (1951). *Historical Nature of Equity Jurisprudence*, *Fordham Law Review*, Vol. 20, Iss.1.
- Omidi, A. (2010). *International law from theory to practice*, Tehran, Mizan Publising, 1st Edition. (in Persian)
- Oxford Advanced Learner's Dictionary* (2004). Wehmeier, S, New York, Oxford University Press, 6th Edition.
- Rosenne, S. (2006). *The Law and the Practice of the International Court (1920-2005)*, Vol. 1-3, Martinus Nijhoff Publishers, 4th Edition.
- Schachter, O. (1982). *International Law in Theory and Practice: General Course of Public International Law*, Brill, Nijhoff, Leiden, Boston, Vol. 178.
- Schwebel, S. (2015). "International Decision: The latest award from the IRAN-UNITED STATES claims tribunal: The line between approximation of damages and ruling Ex Aequo et Bono", *American Journal of International Law* 109 A.J.L.L.
- Seif, B. (2008). "Introduction to the Position of Fairness in International Arbitration", <http://dawari.blogfa.com>, pp. 1-17. (in Persian).
- Sheppard, S. (2009). "Equity and the law", in: *Encyclopedia of Life Support Systems*, Oxford, United Kingdom, Eolss Publishers UNESCO.
- Srivastava, D. (2014). "Article 38(1) of ICJ and sources of International Law", <http://lex-warrier.in/2014/09/article-381-icj-sources-international-law/>.
- Trakman, L. (2008). "Ex Aequo et Bono: Demystifying an Ancient Concept", *Chicago Journal of International Law*, Vol. 8, N. 2, pp. 621-642.
- Verzijl, J. H. W. (1968). *International Law in Historical Perspective*, M.W, Sijthoff/Leiden, Vol. 1.
- White, M. (2004). "Equity-A General Principale of Law Recognised by Civilized Nations?", *Queensland Uneversity of Technology*, pp. 103-116.
- Zimmermann, A. (2006). *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary (Article 38 by A. Pellet)*, New York, Oxford University Press.