

نقش انصاف در حل و فصل اختلافات بین‌المللی

سید باقر میرعباسی*

دانشیار گروه حقوق عمومی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

رضوان باقرزاده

کارشناسی ارشد حقوق بین‌الملل دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

(تاریخ دریافت: ۱۳۸۸/۷/۷ - تاریخ تصویب: ۱۳۸۸/۱۲/۹)

چکیده:

فرض رویه‌ی قضایی و داوری بین‌المللی این است که مقررات موضوعه‌ی بین‌المللی، اعم از قراردادی و عرفی، تا حد زیادی عادلانه و جوانمردانه هستند. اما به دلایلی نظیر پیچیدگی روزافزون اختلافات بین‌المللی و تنوع اوضاع و احوال محیط بر آنها شاید نتوان همواره راه حل ناشی از اعمال دقیق مقررات موضوعه را برای دعاوی مطروحه منصفانه تشخیص داد. بنابراین، درجه‌ای از انعطاف‌پذیری در نظام حل و فصل اختلافات بین‌المللی ضروری می‌نماید و به نظر می‌رسد دستیابی به این مهم بدون استفاده از انصاف میسر نباشد. انصاف در مفهوم عام، قادر به ایفای سه نقش تعدیل، تکمیل و تصحیح حقوق است که اولی در انطباق با «مفهوم خاص انصاف» و دو نقش بعدی در انطباق با «کدخدامنشی» می‌باشند. مقاله‌ی حاضر تلاش می‌کند نقش‌های سه‌گانه‌ی انصاف را در پرتو ابهام زدایی از مفاهیم مربوطه روشن نماید.

واژگان کلیدی:

مفهوم خاص انصاف، کدخدامنشی، جرح و تعدیل قواعد حقوقی، تکمیل قواعد حقوقی، نقض و حذف قواعد حقوقی.

تصور نظمی حقوقی که انصاف را به رسمیت نشناسد سخت و مشکل است. چنین نظمی ممکن است در یک جامعه ایستا تا حدی کارآیی داشته باشد...، اما در یک جامعه پویا و متغیر، تصور قانونی که توسط انصاف تعدیل نگردد امکانپذیر نیست. (A. Wortley, in: Miyoshi, (, 1993, p. 218).

مقدمه

بی تردید مهم ترین هدف هر نظام حقوقی از وضع مقررات حقوقی تحقق عدالت است و بدیهی است که این وضع، در پی به نظم کشیدن روابط موجود در بین تابعان نظام حقوقی با در نظر داشتن وقایع قابل پیش بینی و به صورت کلی صورت می پذیرد. همچنین به سبب متنوع بودن اوضاع و احوال محیط بر هر قضیه، پیشرفت های علمی و تحولات اجتماعی ممکن است بین واقعه ای پیش بینی شده بوسیله حقوق و واقعه ای عینی فاصله بیفتد یا سکوت مقررات موضوعه و یا حتی تعارض آنها با عدالت واقعی حادث گردد و همین امر منجر به ناکارآمدی مقررات حقوقی در آن موارد خاص شود. شایان توجه است که به دلیل غلبه ای روش های تصمیم گیری متناسب با ماهیت اختیاری حقوق بین الملل، همچنین دخالت عوامل متنوع تر در دعاوی بین المللی و پیچیدگی بیشتر اوضاع و احوال محیط بر آنها اساساً این مسایل در سطح بین المللی پررنگتر است.

با عنایت به اینکه بنا به شهادت تاریخ عدالت نوعی به تنهایی پاسخ گو نبوده و در عین حال بی عدالتی زخمی است که هرگز التیام نمی پذیرد، همواره «انصاف» بعنوان ابزاری جهت کاستن حداکثری فاصله بین عدالت حقوقی محض و عدالت واقعی در موارد ضروری مطرح نظر قرار گرفته است. ناگفته پیداست که حقوق ملهم از انصاف، انطباق و سازگاری بیشتر با طبیعت تابعان و واضعان و دادرسان جامعه ای حقوقی خواهد داشت. بنابراین، هرگاه اعمال دقیق مقررات موضوعه خلاف عدالت به شمار آمده، حسن انصاف طلبی قاضی با اجرای قواعد حقوقی موجود تلاقی می یابد. با وجود اختلاف نظرات حقوقدانان برجسته در طول تاریخ در خصوص انصاف و زمینه های مرتبط با آن، به طور کلی این مفهوم بعنوان یک جزء انکارناپذیر در جوامع حقوقی شناسایی شده و بویژه در جامعه بین المللی، بعنوان یک عنصر پویا و انعطاف بخش، در راستای قدرت قانع کنندگی رأی صادره، اجرای سهل تر احکام صادره، افزایش سهولت کار و اعتبار مراجع و... همواره مقبول و حتی ضروری شمرده شده است؛ زیرا تلاش برای کامل بودن مقررات حقوق بین الملل - که مقدمه ای جهانی شدن آن است - کاستی هایی را به همراه داشته و انصاف بعنوان راه حلی برای رفع این مشکل مطرح شده است (White, 2004, pp. 104-105). از آنجا که انصاف، به حکم ماهیتش نمی تواند از دقت ریاضی

برخوردار باشد و آنچه در یک قضیه به نظر منصفانه می‌رسد ممکن است در سایر قضایا خلاف آن جلوه کند، از قبل در چارچوب دقیق قواعد حقوقی به نظم در نمی‌آید و همین، جوهره‌ی انصاف در تلاش آن برای حکومت عدالت حقیقی را تشکیل می‌دهد.

اگرچه اساساً درک سنتی از انصاف در حقوق بین‌الملل ریشه در تفکر ارسطویی داشته و بهره‌گیری از آن حتی به قرون ۱۳ و ۱۴ قبل از میلاد نیز پیوند می‌خورد (White, 2004, pp. 104-106)، به نظر می‌رسد توسعه‌ی انصاف به مفهوم امروزی آن را - که به طور رسمی در قرن ۱۷ میلادی در معاهدات بین‌المللی وارد شده و ایفاگر سه نقش تعدیل، تکمیل و تصحیح قواعد حقوقی است - در اسناد و عملکرد بین‌المللی قریب به چهار سده‌ی گذشته بویژه قرون ۱۹ و ۲۰ میلادی تا سال‌های اخیر می‌توان یافت.^۱ در این خصوص ماده‌ی ۳۸ اساسنامه‌ی دیوان سابق دادگستری بین‌المللی (۱۹۲۰) و سپس ماده‌ی ۳۸ دیوان فعلی (۱۹۴۵) بعنوان سند هویت بین‌المللی انصاف، نقطه‌ی عطف در این بحث به شمار می‌آیند؛ زیرا با وجود حضور مکرر انصاف در اسناد و رویه‌ی پیش از سال ۱۹۲۰، ظهور این ماده با الهام بخشی به بسیاری از معاهدات، نقشی مهم در توسعه‌ی این وجه از حقوق بین‌الملل در عرصه‌ی روابط بین‌المللی دولتها بازی کرد.^۲ در این جایگاه، انصاف بعنوان یک منبع حقوقی در دو گونه‌ی مفهوم خاص انصاف و کدخدانمنشی مطرح است. برخلاف آرای داوری و قضایی بین‌المللی، دکترین به تفکیک سه نوع کارایی برای انصاف برشمرده است: جرح و تعدیل قواعد حقوقی، تکمیل قواعد حقوقی، نقض و حذف قواعد حقوقی.

با وجود مقبولیت نظری و عملی انصاف در عرصه‌ی بین‌المللی، این مفهوم به دلیل ابهامات ذاتی از برخی کژتابی رنج می‌برد. همچنین گاه واژگانی نظیر عدالت (Justice)، جوانمردی (Fairness)، وجدان پاک (Good Conscience) و برابری (Equality) در ادبیات حقوقی با آن خلط شده و در درک دقیق آن ابهام آفرین می‌باشند. در راستای درک کارکردهای انصاف، در آغاز هر بخش شرح مفهوم دقیق و حقوقی گونه‌ی مرتبط با آن ضروری می‌نماید. با این پیش زمینه

۱. بویژه پس از جنگ جهانی اول، بحث حقوقی مفصلی میان مکاتب «تحقیقی/تحصیلی» (Positivism) و «تعینی/حقوق طبیعی» (Objectivism) درباره‌ی نقش انصاف در حقوق بین‌الملل به راه افتاد (نک. روسو، ۱۳۴۷، ص ۲۸) (Janis, 1984, pp. 74-75).

۲. ماده‌ی ۳۸ اساسنامه‌ی دیوان بین‌المللی دادگستری با اندک تفاوتی جزئی از ماده ۳۸ اساسنامه دیوان سابق مقرر می‌دارد: «۱- دیوان بین‌المللی دادگستری ... که مأموریت دارد اختلافاتی را که به او رجوع می‌شود، مطابق حقوق بین‌المللی حل و فصل نماید، موازین زیر را اجرا خواهد کرد: الف- کنوانسیون‌ها...؛ ب- عرف ...؛ ج- اصول کلی حقوق مقبول ملل متمدن؛ د- ... تصمیمات قضایی و عقاید برجسته‌ترین مبلغین ... ۲- مقررات این ماده به حق دیوان برای صدور حکم مطابق اصول کدخدانمنشانه در صورت تقاضای طرفین، خللی وارد نمی‌سازد».

که میان مفهوم خاص انصاف با نقش نخست و کدخدانمنشی با نقش های دوم و سوم انطباق وجود دارد (Janis, 1984, p. 76) بحث را آغاز می‌نماییم.

الف- کارکرد مفهوم مضیق انصاف

با توجه به اینکه اساساً منصفانه بودن از جمله مبنایی ترین دلایل رجوع به یک محکمه‌ی قضایی است، مراجع بدو و ذاتاً در کلیه‌ی رسیدگی‌های خود ملزم به رعایت عدالت و انصاف می‌باشند. اما اینکه مستند آنها چیست همواره محل بحث بوده است. سابقاً در ادبیات حقوق بین‌الملل هر گاه صحبت از انصاف می‌شد کدخدانمنشی به ذهن می‌آمد و یا حداقل از انصاف تعبیری عام و آشفته صورت می‌گرفت. این در حالی است که با توجه به کارکردهای مجزای دو گونه‌ی انصاف، در ادبیات روز حقوق بین‌الملل این دو مفهوم، منفک از هم مورد مطالعه قرار می‌گیرند.

۱- مفهوم مضیق انصاف

تعبیر دیوان بین‌المللی دادگستری از مفهوم مضیق انصاف (Equity) بیش از هر بیانی گویاست: «... مفهوم خاص انصاف بعنوان یک مفهوم حقوقی، تجلی مستقیم ایده‌ی عدالت است و دیوان که وظیفه‌ی غایی آن اجرای عدالت است، متعهد به اعمال آن می‌باشد...» انصاف، غالباً در مقابل قواعد خشک حقوق موضوعه قرار گرفته و برای تعدیل این سختگیری در راستای نیل به عدالت بکار رفته است... [و] یک اصل عام است که مستقیماً به مثابه قانون، قابل اعمال است. بعلاوه، در زمان اعمال حقوق بین‌الملل موضوعه، یک دادگاه ممکن است از بین تفاسیر متعدد از یک قانون، تفسیری را برگزیند که در پرتو اوضاع و احوال و شرایط قضیه‌ی تحت رسیدگی به عدالت نزدیکتر به نظر می‌رسد. اعمال اصول منصفانه از تصمیم مبتنی بر اصول کدخدانمنشانه متمایز است. دیوان چنان تصمیمی را تنها در صورت توافق طرفین می‌تواند اتخاذ کند... دیوان موظف به اعمال اصول منصفانه به عنوان بخشی از حقوق بین‌الملل و نیز برقراری ملاحظات مرتبط مختلفی است که برای ایجاد یک نتیجه‌ی منصفانه مورد توجه می‌باشد...» (ICJ Reports, 1982, para. 71).

نظر به هدف نهایی کل پروسه‌ی رسیدگی، انصاف به عنوان ترکیبی از حقوق و هیأت اخلاقی قاضی و یک جزء سازنده‌ی عدالت، فارغ از فنون محض حقوقی و با توجه به جمیع اوضاع و احوال محیط بر قضیه، جهت نیل به عدالت واقعی مورد توجه واقع می‌شود. البته با وجود تعلق انصاف به حقوق، به دلیل متفاوت بودن دلالت آن در قضایای مختلف، از پیش قابلیت به نظم درآمدن در چارچوب قواعد حقوقی را ندارد. به همین دلیل است که شوبل،

قاضی اسبق دیوان، اینگونه اظهار نظر نموده است: «آنچه منصفانه است، مثل آب و هوای لاهه متغیر است» (Schewebel, in: Kwiatkowska, 1997, p. 124).

بنابر آنچه گفته شد نبایستی دچار این اشتباه رایج شد که حقوق و انصاف در تقابل با یکدیگر هستند. به حکم انصاف قاضی در ملاحظه‌ی منابع شکلی منعکس در متن قوانین بایستی منابع ماهوی آنها را - اعم از ریشه‌های مذهبی، اخلاقی، جغرافیایی، اقتصادی و اخلاقی - ملحوظ نظر قرار داده و با کمک این ملاحظات، زوایای تیز و خشک آنها را مرتفع سازد^۱ (Zimmermann, 2006, pp. 715-716).

با وجود همه‌ی اختلاف دیدگاهها، غالب حقوق‌دانان مفهوم خاص انصاف را ذیل بند (c) پاراگراف نخست ماده‌ی ۳۸ اساسنامه‌ی دیوان، یکی از «اصول کلی حقوق مقبول ملل متمدن»^۲ (Nations General Principles of Law Recognized by Civilized) شمرده و در نتیجه یک منبع اصلی و بی‌نیاز از رضایت طرفینی، می‌دانند (Janis, 1984, p.75; Lapidoth, 1987, p. 75) (میرعباسی، ۱۳۷۶، ص ۲۲۳). در واقع اگرچه از همان ابتدا تدوینگران اساسنامه خواهان ایفای نقش مستقیم و الزامی انصاف در تصمیمات دیوان بودند، به دلیل تفاوت عمیق در برداشت‌ها از انصاف و نیز بار سیاسی آن، آن را نه بعنوان منبعی کاملاً مستقل در حقوق بین‌الملل که ذیل اصول مزبور شناسایی نمودند (White, 2004, pp. 104-105).

شایان توجه است که تعلق انصاف به اصول کلی حقوق را از دو منظر می‌توان بررسی نمود: نخست اینکه انصاف، الهام بخش برخی اصول کلی حقوق بوده و با وجود حیات مستقل اصول مزبور، جوهره‌ی اصلی آنها انصاف است. از جمله‌ی این «اصول انصاف» (Principles of Equity) می‌توان به اصل مقابله به مثل و قاعده‌ی استاپل اشاره کرد که البته این وجه انصاف مدنظر بحث حاضر نیست (White, 2004, pp 105-108). دوم اینکه انصاف، خود به عنوان یک

۱. البته اندک حقوق‌دانانی بر این دیدگاه اصرار می‌ورزند که انصاف چیزی متفاوت از حقوق بوده و منبع مناسبی جهت صدور یک حکم قضایی نیست (Van Dyke, 2002, pp. 1199-1201). بزعم برخی نیز تنها به حکم عرف و نه بالاستقلال، می‌توان از آن بهره جست (ICJ Reports, 1993, (A), para. 79).

۲. از جمله یونانیان Clemency (اعتدال عناصر)، رومیان Equality/Aequitas (برابری/مساوات)، چینی‌های باستان Compassion (رحم و شفقت) و هندوها Righteousness (عدالت و درستکاری) را جهت پرهیز از اعمال سختگیری‌های ناروای حقوق در دل مکتب خود جای دادند (Newman, in: Rocci, 1993, p. 22). همچنین انصاف در نظام رومی-ژرمنی عمدتاً در قالب تفسیر حقوق و نیل به آرمان نهایی آن، در کامن لا به شکل قواعدی سازمان یافته و در حقوق اسلام در قالب عقل و قیاس و استحسان و استصلاح، بسته به مذهب، تجلی یافته است (ICJ Reports, 1993, (A), para. 237) (داوید و اسپینوزی، ۱۳۸۴، صص ۶-۱۴۲ و ۹-۱۸۱؛ گرجی، ۱۳۶۹، ص ۱۱۲). این اصول «به قاضی یا داور آزادی عمل می‌دهند که از آثار نامطلوب اجرای مقررات حقوقی نامتناسب ... بکاهد و حتی خلأ مقررات حقوقی را پر کند... و با شالوده‌ی محکم حقوقی، در حاشیه‌ی قوانین ... راه حل‌هایی برای اجرای عدالت فراهم می‌سازند» (ویرالی، ۱۳۶۴، ص ۱۰۲).

اصل کلی حقوق مستقیماً قابلیت استناد دارد (ICJ Reports, 1982, para. 71) و می‌توان حتی زمانیکه هیچ اصل کلی حقوقی مستخرج از انصاف قابل اعمال نیست، با استناد به خود انصاف از بروز بی‌عدالتی در حقوق بین‌الملل جلوگیری کرد. البته این مسأله مخالفینی نیز دارد (نک. روسو، ۱۳۴۷، ص ۱۵۶) (De Visscher, in: Chemillier G, 1991, p. 278). در این مجال، مورد اخیر مدنظر است. در این خصوص به ذکر این نکته بسنده می‌شود که با وجود امکان اعمال مستقیم انصاف بعنوان یک اصل کلی حقوق (ICJ Reports, 1982, para. 71)، مطابق رویه‌ی دیوان بین‌المللی دادگستری، عمدتاً رعایت و حصول آن نیازمند یکسری ابزار یعنی «اصول منصفانه» (Equitable Principles) است که اگرچه تعیین آنها بسیار مناقشه‌انگیز است، اما بعنوان ملاک کلی «... اصولی منصفانه هستند که به نتیجه‌ی منصفانه رهنمون می‌گردند» (ICJ Reports, 1982, para. 70 (A)). از جمله‌ی این اصول، می‌توان به «اصل انصاف، لزوماً متضمن تساوی نیست» اشاره نمود (ICJ Reports, 1985, paras. 45-47).

به طور خلاصه «... [مفهوم خاص انصاف] از طریق تعدیل و تطبیق اصول و قواعد و مفاهیم با موضوعات، واقعیات و اوضاع و احوال هر قضیه، برای آن اوضاع و احوال اهمیت شایسته قائل گردیده و آنها را متوازن [می‌سازد]... [و این] نه تنها عدالت را کمرنگ نساخته، بلکه سبب تقویت آن می‌گردد» (ICJ Reports, 1982, (B), para. 24). بنابراین از آنجا که انصاف یک منبع مستقل شکلی نیست، نمی‌تواند جانشین حقوق موضوعه گردد و صرفاً به عنوان ضابطه‌ای تفکیک‌ناپذیر از آن، عواقب و نتایج معینی را به ویژه در تفسیر قواعد حقوقی بر آنها بار می‌نماید (Zimmermann, 2006, p. 151). در پایان با بیان این نکته که از انصاف در اعمال این نقش، به «روح قانون»، در برابر نص قانون، تعبیر شده (Nelson, 1990, pp. 839-840)، لازم به ذکر است که گرچه اساساً در تعارض قاعده‌ی خاص (نظیر معاهده یا عرف) و قاعده‌ی عام (نظیر اصول کلی) قاعده‌ی خاص رجحان خواهد داشت (روسو، ۱۳۴۷، ص ۱۵۴)، اما به نظر می‌رسد انصاف بعنوان «بیان موردی عدالت» (De Visscher, in: Trindade, 2006, p. 163) در نقش تعدیل‌کننده‌ی نتیجه‌ی ناشی از اعمال یک قاعده‌ی حقوقی، بسادگی با خود آن قاعده‌ی خاص قابل جمع است.

۲- جرح و تعدیل قواعد حقوقی

«جرح و تعدیل قواعد حقوقی» (Infra legem) بعنوان نخستین کارکرد انصاف، عبارت است از تعدیل نتیجه‌ی حاصل از اعمال قواعد حقوق موضوعه‌ی موجود که به شکل «قاعده‌ی حد اعلا» (Summum Jus) عینیت خارجی دارند (موسی زاده، ۱۳۷۶، ص ۲۴۴). حقوقدانان بسیاری بر اهمیت رسیدگی به قضایا در پرتو اوضاع و احوال محیط بر آنها به کرات صحنه نهاده‌اند

(Cukwurah, Ashour, Wortley, in: Miyoshi, 1993, p. 195). انصاف در انجام چنین عملکردی عمدتاً در هنگام تفسیر یا اعمال مقررات موضوعه مشاهده می‌شود که برجسته‌ترین مثال این مورد قواعد و آرای مربوط به تحدید حدود دریایی است.^۱

با وجود نظر مخالف (Hudson, 1943, p. 620)، به حکم رویه‌ی قضایی و دکترین غالب اعمال و تفسیر منصفانه‌ی مقررات بین‌المللی جزئی از حقوق بین‌الملل و در نتیجه تکلیف مرجع رسیدگی است. اما در خصوص عدم نیاز به رضایت طرفهای دعوی در اعمال این وجه انصاف اتفاق نظر وجود دارد (Akehurst, 1976, p. 802).

در فرآیند تعدیل منصفانه‌ی نتیجه، ابتدا مرجع حل اختلاف به شناخت موضوع دعوی و اوضاع و احوال حاکم بر آن می‌پردازد. سپس قانون حاکم را تعیین کرده و در پرتو آن و نیز نتیجه‌ای که در نهایت حاصل خواهد شد، ارتباط و ارزش نسبی تمامی اجزای اوضاع و احوال را مشخص می‌سازد. در این مرحله، با توجه به اوضاع و احوال محیط بر قضیه تعدیل لازم را در نتیجه‌ی ناشی از قاعده به عمل آورده و به صورت فرضی آن را اعمال می‌کند. اعمال فرضی قاعده به این جهت است که نتیجه‌ی ناشی از اعمال قاعده‌ی حقوقی و اصول منصفانه الزاماً منصفانه نخواهد بود و بنابراین ضرورت دارد که خود نتیجه نیز مورد آزمایش قرار گیرد (ICJ Reports, 1993, (B), paras. 49-54; (A), paras. 148-154). چنانچه نتیجه‌ی ناشی از اعمال فرضی قاعده منصفانه به نظر نرسد، این معنا مستفاد می‌شود که عدالت حقوقی و عدالت واقعی بر یکدیگر منطبق نبوده و نمی‌توان به آن ترتیب اقدام به صدور رأی کرد. بنابراین باید با توجه به قانون حاکم و نیز اصول منصفانه نتیجه‌ی نهایی را به گونه‌ای تعدیل کرد که به نظر منصفانه باشد. البته رویه‌ی بین‌المللی در پاسخ به اینکه آیا اساساً مرجع رسیدگی قادر به تعمق در اجرای عملی حکم خود می‌باشد یا خیر، پاسخ مثبت می‌دهد^۲ (Rosenne, 2006, pp. 1543-1544).

واضح است که به لحاظ حقوقی، طرفین اختلاف آزاد هستند که به هر آنچه می‌خواهند تحت عنوان اوضاع و احوال مربوط به ملاحظات منصفانه استناد نمایند. مرجع مربوطه نیز باید کلیه‌ی اوضاع و احوال مربوطه را حتی در صورت عدم استناد طرفین تا آنجا که می‌تواند ملاحظه کرده و مورد توجه قرار دهد (ICJ Reports, 1969, (B), para. 93). پس از ملاحظه‌ی همه‌ی شرایط، مرجع توجه خود را فقط معطوف به آن دسته از اوضاع و احوال می‌سازد که تصور می‌کند از حیث حصول نتیجه‌ی منصفانه مرتبط با قضیه‌ی متنازع‌فیه بوده و مفید واقع

1- E.g. ICJ Reports, 1969, North Sea Continental Shelf Cases; ICJ Reports, 1984, Delimitation of Maritime Boundary in the Gulf of Main Area; ICJ Reports, 1985, Continental Shelf.

2- Cf. e.g. ICJ Reports 2004, Legality of Use of Force Cases, para. 40; ICJ Reports 1996, Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons (Advisory Opinion), para. 105.

می‌گردند و نظر مرجع، تعیین‌کننده‌ی این خواهد بود که کدام دسته از اوضاع و احوال بعنوان ملاحظات منصفانه‌ی مرتبط بایستی مؤثر واقع شوند (ICJ Report 1993, (A), paras. 149-150). پس از تعیین اوضاع و احوال مربوط باید ارزش هر یک از آنها - که از قضیه‌ای به قضیه‌ی دیگر متفاوت است - بوسیله‌ی تعیین میزان اهمیت آنها در مقایسه با دیگر موارد معلوم گردد^۱ (ICJ Reports, 1969, (B), para. 93; ICJ Reports, 1993, (A), para. 128). پس از آن نتیجه‌ی منصفانه از خلال تأثیر متقابل ملاحظات مختلف بر یکدیگر و تعدیل نتیجه‌ی ناشی از قاعده‌ی حاکم با توجه به مجموعه‌ی آنها مشخص خواهد شد (ICJ Reports 1982, (B), para. 35; Miyoshi, 1993, p. 197) که این ارزیابی اوضاع و احوال نیز بر عهده‌ی مرجع حل اختلاف می‌باشد (ICJ Reports, 1985, para. 47).

بنابراین از آنجا که هر قاعده تاب تفاسیر مختلف قابل قبول از حیث مبانی حقوقی را دارد، کاربرد اصلی این نقش انصاف در هنگام تفسیر قاعده‌ی حقوقی آشکار می‌گردد (Sorenson, Huber, in: Higgins, 1991, pp. 283-284). انصاف می‌تواند به منظور تعیین تفسیری که بهترین حفاظت را از هدف حقوق می‌کند، اعمال گردد (White, 2004, p. 110). در این خصوص، مرجع رسیدگی در پرتو اوضاع و احوال قضیه باید با توسل به انصاف نزدیکترین تفسیر به مقتضیات عدالت را برگزیند (ICJ Reports, 1982, para. 71)؛ البته مشروط به آنکه ورای یک پروسه‌ی تفسیری منطقی قرار نگیرد و به عنوان مثال اصلاح و بازنگری در حقوق موضوعه به حساب نیاید (Zimmermann, 2006, p. 729).

در پاسخگویی بدین پرسش که آیا در فرآیند تعدیل برای رسیدن به نتیجه‌ی منصفانه، می‌توان از اعمال اصل یا قاعده‌ی حاکم به طور استثنایی خودداری ورزید، عقیده‌ای واحد وجود ندارد. اما در مجموع، به حکم ماهیت ارادی حقوق بین‌الملل و ارجحیت مقتضیات امنیت بین‌المللی بر عدالت می‌توان گفت نتیجه‌ی نهایی حاصله باز هم باید برگرفته از خود قاعده باشد؛ زیرا «مسئله فقط یافتن راه حل منصفانه نیست، بلکه مسئله یافتن راه حل منصفانه‌ی ناشی از قانون حاکم است» (ICJ Reports, 1974, para. 78). در غیر این صورت، حتی اگر نتیجه منصفانه هم باشد، حداقل از حیث طریق رسیدن به آن برخلاف قاعده خواهد بود. در همین راستا چنانچه طرفین راجع به چگونگی تفسیر از قبل توافقی به عمل آورده باشند،

۱. هر چند صرف نیاز به ارزیابی و متوازن ساختن ملاحظات مختلف اختیار مرجع را محدود می‌نماید، دیوان در قضیه‌ی فلات قاره‌ی لیبی-مالت از این هم فراتر رفته و وجود ثبات و حتی درجه‌ای از قابلیت پیشگویی را در برقرار ساختن توازن بین ملاحظات مختلف ضروری برشمرده و ارزیابی درست اوضاع و احوال را بوسیله‌ی مجموعه‌ای از اصول منصفانه با هدف حصول نتیجه‌ی منصفانه امکان‌پذیر دانسته است (ICJ Reports, 1985, paras. 45, 76).

مرجع حل اختلاف نمی‌تواند در مقابل اراده‌ی صریح ایشان راه حل منصفانه را مورد اعتنا قرار دهد (Schwarzenberger, 1957, p. 496).

در پاسخ به انتقادات وارده (E. Lauterpacht, 1977-1978, p. 45) بدیهی است که با توجه به اصول حقوقی ناظر بر حل اختلافات بین‌المللی و شأن مراجع رسیدگی، هیچ یک از مطالب گفته شده دال بر این نیست که مرجع حل اختلاف می‌تواند به نتیجه‌ای برسد که از توضیح مبانی منطقی آن عاجز باشد (Nelson, 1990, p. 841; Hudson, 1943, p. 620). حسن نیت و احترام به شأن مراجع حل اختلاف، آنان را موظف و مجبور می‌سازد که از بیان دلایل تصمیماتشان خودداری نورزند و تصمیمات خود را به طور مستدل اتخاذ و اعلام دارند (Schwarzenberger, 1957, p. 496).

ب- کارکرد کدخدامنشانه‌ی انصاف

از تولد اصطلاح «کدخدامنشی» (Ex aequo et bono)^۱ بعنوان وجه دوم انصاف در حقوق بین‌الملل دهه‌های متمادی می‌گذرد.^۲ با وجود این، چارچوب آن کماکان در هاله‌ای از ابهام باقی مانده است. از میان اسنادیکه با اندک تفاوت‌هایی توسط به کدخدامنشی را در خود گنجانیده اند، پاراگراف دوم ماده‌ی ۳۸ اساسنامه‌ی هر دو دیوان دادگستری از اهمیت شایان توجهی برخوردار است و بی‌تردید انسجام کدخدامنشی را باید مدیون اساسنامه‌ی دیوان پیشین دانست. گرچه این اصطلاح در دکترین و رویه یک «واژه‌ی دقیق حقوقی» (Legal Term of Art) نیست (Hudson, in: Zimmermann, 2006, p. 731)، اما بایستی مقررات مرتبط با آن را به گونه‌ای تفسیر نمود که حتی الامکان فاقد هدف یا اثر نگردند. البته مادامیکه دیوان مطابق آن رأی صادر نکند ابهامات موجود باقی خواهد ماند (Zimmermann, 2006, p. 731).

۱- کدخدامنشی

در کتاب فرهنگ حقوق بین‌الملل ذیل تعریف این واژه آمده است: «این مفهوم تقریباً معادل مفهوم انصاف در نظام حقوقی انگلیس- امریکاست. اما در حقوق بین‌الملل، رسیدگی بر اساس آن آزادی عمل بیشتری نسبت به مفهوم انصاف در حقوق انگلیس و امریکا، به مراجع

1- Ex aequo et bono (L) = According to the fair and good from equity and conscience (E), (Dixon, 2007, p. 42).

۲. البته ظهور واقعی آن را باید دوران حقوق بازرگانی قرون وسطی دانست؛ زمانیکه با رونق تجارت، انصاف محض به عنوان راهکاری تقریباً غیرحقوقی با قابلیت اجرای سریع، غیرتشریفاتی و مقرون به صرفه در نظام بین‌المللی تجارت جایگاه ویژه‌ای را با وجود انتقادات وارده برای خود فراهم ساخت (Trakman, 2007, pp. 8-13, 17).

رسیدگی می‌دهد. در حقوق بین‌الملل... این مفهوم، به قضات اجازه می‌دهد بر اساس ملاحظاتی دیگر و حتی برخلاف قواعد حقوقی و عرفی نظر بدهند» (بلدسو، ۱۳۷۵، ص ۱۵).
 با توجه به اینکه طرفهای هر دعوی علی‌الاصول انتظار دارند که مراجع بین‌المللی حقوق بین‌الملل را صرفاً اعمال و نه تصحیح نمایند، قضات نیز بایستی با دقت فراوان از قواعد موضوعه‌ی موجود فراتر نروند؛ مگر در صورتیکه از سوی طرفین قضیه‌ی تحت رسیدگی به آنها اختیار چنین برخوردی از پیش داده شده باشد^۱ (Janis, 1984, p. 76). در این صورت، مرجع «از اجرای دقیق و مو به موی قواعد حقوقی جهت نیل به یک نتیجه‌ی منصفانه فارغ است...» (ICJ Reports, 1982, para. 79) و مجاز است فراتر از حوزه‌ی حقوق تصمیم‌گیری نماید. روشن است که نظر به تضاد آشکار این نوع تصمیم‌گیری با عملکرد معمول یک مرجع و ماهیت اختیاری حقوق بین‌الملل، بایستی از توافق طرفینی تفسیری مضیق بعمل آید (Rosenne, 2006, pp. 731-734; Zimmermann, 2006, p. 1562).

شایان توجه است که به فرض وجود رضای صریح طرفینی، مرجع مکلف به اتخاذ تصمیم کدخدامنشانه نبوده و فقط اختیار چنین اقدامی را داراست. در حقیقت، رضای طرفین فقط شرط لازم و نه کافی برای اعمال کدخدامنشی می‌باشد (Schwarzenberger, 1957, p. 50). روشن است که این اختیار در عین حال که برای مرجع ایجاد الزام نمی‌کند، مانع آن از اعمال قواعد حقوقی نیز نمی‌گردد. بهره‌جویی آزادانه‌ی مرجع از کدخدامنشی به شرط توافق طرفینی، آنجا که حقوق را ناکارآمد و یا غیرکامل دریابد، صرفاً راهی است برای رهایی از راه‌حلهای سخت‌گیرانه‌ی قواعد حقوقی که اعمالشان ممکن است منتج به یک نتیجه‌ی غیرعادلانه گردد (Zimmermann, 2006, p. 732, 734). قاضی مرحوم دیوان، لاترپاخت، با بیان رهایی مرجع از فشار حقوق و تکالیف حقوقی موجود اظهار می‌دارد: «قضات مطابق کدخدامنشی، ایجاد و آفرینش روابطی جدید بین طرفین است»^۲ (Lauterpacht, 1982, pp. 228-230).

بنابراین بر خلاف تصمیمات مبتنی بر مفهوم خاص انصاف، تصمیمات کدخدامنشانه در قلمرویی و رای حقوق از جمله عرصه‌های سیاسی، اجتماعی، اخلاقی و یا جغرافیایی صورت می‌پذیرند. در حالی که در لزوم عادلانه و منصفانه بودن تصمیمات مراجع حقوقی حل اختلاف به اقتضای شأنشان تردیدی نیست (Miyoshi, 1993, p. 173; ICJ Reports 1982, (A), para. 71)، برخی در بیان وجه تمایز مفهوم خاص انصاف و کدخدامنشی معتقدند که در مورد اخیر لازم

۱. در عین حال، برخی از فقدان هرگونه ارجاعی به انصاف بدون نیاز به رضایت طرفینی در مقررات تهیه شده شدیداً ابراز تأسف نمودند (Busatti, in: Zimmermann, 2006, pp. 730-731).

۲. بر همین مبنا است که برخی از حقوقدانان به جایگاه این بند در ماده‌ی ۳۸ اساسنامه‌ی دیوان ایراد وارد نموده و این اختیار را به بحث صلاحیت مرتبط می‌دانند (Rosenne, 2006, pp. 571, 1562).

نیست نتیجه‌ی نهایی منصفانه باشد (Higgins, 1991, p. 293). از سوی دیگر گروهی از اساتید بین‌الملل تفاوت چندانی بین انصاف و کدخدامنشی قائل نبوده و حتی برخی با تعبیری یکپارچه از انصاف معتقدند این دو یکسان و جایگزین هم هستند (Bardonnet, Munkman, in: Miyoshi, 1993, p. 14; Mohebi, 1999, p. 11). لازم به ذکر است که ادعای اعمال کدخدامنشی به عنوان منبعی فرعی نیز نمی‌تواند پذیرفتنی باشد؛ زیرا تشخیص ضرورت اعمال این شیوه‌ی تصمیم‌گیری، به عنوان اقدامی با شخصیت مطلقاً استثنایی و مشروط، برخلاف سایر منابع مندرج در ماده‌ی اخیرالذکر به عهده‌ی خود مرجع رسیدگی است. بعلاوه، از جمله در ماده‌ی ۳۸ اساسنامه‌ی دیوان منابع فرعی (تصمیمات قضایی و دکترین) تصریح شده است (Rosenne, Zimmermann, 2006, pp. 571). به عقیده‌ی برخی نیز نباید در تفاوت این دو اغراق نمود (Zimmermann, 2006, pp. 735). چه، این دو در امتداد یک زنجیره اعمال می‌شوند و قضات بدون ترسیم تقسیمی محرز می‌توانند با خوانش توأمان مستندات خود، این دو را در هم بیامیزند (Trakman, 2007, pp. 15-16). البته با توجه به آنچه گفته شد، به هیچوجه نمی‌توان منکر انعطاف‌پذیری بیشتر کدخدامنشی گردید (ICJ Reports, 1993, (A), para. 58).

علی‌رغم پذیرش حقوقی کدخدامنشی و هضم آن در حقوق بین‌الملل امروز، برخی از صاحب‌نظران با تأکید بر رویه‌ی عمومی کشورها شناخت چنین حقی را برای مرجع حقوقی حل اختلاف، حتی در صورت وجود توافق طرفینی، موجب بی‌ماهیت شدن کامل طرز کار قضایی و خدشه به شأن آن مرجع دانسته و آن را از اساس بویژه به لحاظ عملی مردود شمرده و معتقدند در چنین شرایطی انصاف جانشین مطلق حقوق و مبدل به یک نظام فراحقوقی حل اختلافات بین‌المللی می‌شود و این پذیرفتنی نیست (ضیایی بیگدلی، ۱۳۸۴، ص ۱۸۸؛ روسو، ۱۳۴۷، ص ۱۵۸؛ کک دین، ۱۳۸۲، ص ۵۷۴). همچنین به اعتقاد عده‌ی قلیلی از حقوقدانان، درج کدخدامنشی در ماده‌ی ۳۸ اساسنامه‌ی هر دو دیوان بازگشت به سازش و میانجی‌گری است (Miyoshi, 1993, pp. 52-65) که با ملاحظه‌ی اقدامات مقدماتی تدوین اساسنامه‌ی هر دو دیوان این مسأله اساساً مردود است (کلیسار، ۱۳۳۸، صص ۶۰۵-۶۰۳؛ ضیایی بیگدلی، ۱۳۸۴، ص ۵۰۸).

در پاسخ به این سؤال که اساساً چه زمانی محتمل است که طرفین تقاضای اعمال چنین روشی را از مرجع رسیدگی داشته باشند، می‌توان به این موارد اشاره نمود: بی‌نتیجه و نامعقول به نظر رسیدن مذاکرات مجدد، تمایل به حل سریع اختلاف، تلاش در جهت حفظ رابطه‌ی طولانی مدت و فرار از محدودیتهای تکنیکی حقوق محض. در اینگونه موارد کدخدامنشی همچون دریچه‌ای به موازات حقوق و بعنوان راهکاری حقوقی با ابزارهای غیرحقوقی متعدد، راهگشایترین راه به نظر می‌رسد (Trakman, 2007, p. 12).

۱-۱- شرط کدخدانمنشی در برخی معاهدات چندجانبه‌ی بین‌المللی

در برخی از معاهدات بین‌المللی، بویژه معاهدات رجوع به داوری بین‌المللی یا دیوان بین‌المللی دادگستری، شرط یا قید خاص «شرط کدخدانمنشی» یا «شرط قضاوت بر اساس انصاف [محض]» گنجانیده شده است (ضیائی بیگدلی، ۱۳۸۴، ص ۱۸۷) که از میان آنها، سه معاهده با سه نوع بیان کدخدانمنشی از اهمیت ویژه‌ای در نظام مند ساختن حل اختلافات بین‌المللی برخوردار هستند و اصولاً سایر معاهدات در این زمینه تحت تأثیر آنها تنظیم شده‌اند.

نخستین معاهده «کنوانسیون لاهه جهت حل مسالمت آمیز اختلافات بین‌المللی» (۱۸۹۹) است که مطابق تفسیر غالب از عبارت «بر اساس احترام به حقوق» مندرج در آن، منظور از این قید چیزی جز این نیست که در صورت سکوت مقررات موضوعه، داور بر اساس انصاف مطلق تصمیم‌گیری نماید (Miyoshi, 1993, p. 22). پس از این معاهده، دومین و مهم‌ترین معاهده‌ی چندجانبه «اساسنامه‌ی دیوان سابق دادگستری بین‌المللی» (۱۹۲۰) است که پس از انحلال دیوان سابق و تأسیس دیوان فعلی در سال ۱۹۴۶، ماده‌ی ۳۸ آن با تغییراتی بسیار جزئی به اساسنامه‌ی جدید منتقل گردید و شرح آن گذشت. سومین معاهده‌ی مورد نظر، «پیمان عمومی حل مسالمت آمیز اختلافات بین‌المللی» (۱۹۲۸) است. ماده‌ی ۲۸ پیمان مزبور مقرر می‌دارد: «... در صورت سکوت موافقتنامه یا فقد آن، دیوان داوری قواعد ماهوی مندرج در ماده‌ی ۳۸ اساسنامه‌ی دیوان [سابق] را اعمال خواهد نمود. در صورت عدم وجود قواعدی که قابل اعمال بر دعوی باشد، دیوان بر اساس کدخدانمنشی قضاوت خواهد نمود». اینکه پیمان مذکور تراضی طرفین را برای اقدام کدخدانمنشی مرجع شرط ندانسته، توسط برخی از حقوقدانان به شدت مورد اعتراض قرار گرفته است (Miyoshi, 1993, p. 25). در این میان ماده‌ی ۳۸ اساسنامه‌های هر دو دیوان دادگستری، ضمن جلب توجه ویژه‌ی رویه‌ی قضایی و داوری‌های بین‌المللی و نیز ادبیات حقوقی، جایگاه ویژه‌ای را در الگوپردازی سایر معاهدات به خود اختصاص داده است^۱ (Miyoshi, 1993, p. 70).

۱. از جمله مهم‌ترین اسناد تحت تأثیر ماده‌ی ۳۸ می‌توان به «قانون عمومی داوری اصلاحی» (۱۹۴۸)، «کنوانسیون ایکسید» (۱۹۶۶) و «مقررات داوری آنسیترال» (۱۹۷۶) اشاره کرد (Trakman, 2007, pp. 11-14; Zimmermann, 2006, pp. 691-692). بی‌تردید درج کدخدانمنشی در معاهدات، متفاوت است از مواردی که ارجاع مستقیم به انصاف و یا اصول منصفانه، در معاهدات صورت گرفته و آنها را از یک اختیار ساده به یک الزام حقوقی در آورده و با قاعده‌ی حقوقی هم‌هویت ساخته‌است. از جمله‌ی این ارجاعات می‌توان به برخی اسناد اتحادیه‌ی اروپا (e.g. "Food Equity Management", in: Project No. 02249/1, October, 2008, (FEM)), کنوانسیون ۱۹۷۲ مسئولیت خسارات اجسام فضایی و کنوانسیون ۱۹۸۲ حقوق دریاها اشاره نمود (کک‌دین، ۱۳۸۲، صص ۵۷۶-۵۷۵).

۲-۱- محدودیت‌های حقوقی حاکم بر ایفای نقش کدخدامنشانه‌ی انصاف

در بهره‌مندی از اختیار کدخدامنشی، رها شدن مراجع رسیدگی از فشار حقوق و تکالیف قانونی موجود (Trakman, 2007, p. 15)، به معنای فرار از چارچوب حقوقی نیست؛ زیرا کماکان مرجعی حقوقی در قلمرو حقوق و به نام آن در پی فیصله‌ی یک دعواست که در اعمال این روش ماهیتاً غیرحقوقی اما در چارچوب حقوق، امکان صرف‌نظر نمودن از همه‌ی مقررات موضوعه فراهم نیست (Zimmermann, 2006, pp. 733-734). بعنوان مثال تخطی از «قواعد آمره» (Jus Cogens) مجاز نیست (ICJ Reports, 1969, (B), para. 72). بعلاوه، به حکم قواعد کلی حقوق بین‌الملل اتخاذ تصمیم کدخدامنشانه چنانچه مخل حقوق سایر کشورها باشد، از جمله در معاهدات عام بین‌المللی، میسر نمی‌باشد (Hudson, 1943, p. 621). در تشخیص ضرورت اعمال این روش نیز مرجع نایستی خودسرانه عمل نماید (ICJ Reports, 1993, (A), para. 58) (روسو، ۱۳۷۱-۷۲، ص ۴۴۶). یکی دیگر از فاکتورهایی که بایستی مورد توجه مرجع قرار گیرد، رویه‌ی طرفین و سابقه‌ی عملی حاکم بر دعاوی مرتبط با آنها و حتی رویه‌های موارد می‌باشد و برداشت‌های انتزاعی صرف از انصاف نباید ملاک عمل قرار گیرد. قابل توجه است که در برخی معاهدات، صراحتاً پاره‌ای از این ملاک‌های محدودیت‌آفرین درج شده است (Trakman, 2007, pp. 18-19). علاوه بر این، با وجود نظر مخالف (Mohebi, 1999, p. 116)، قاضی برای حفظ اعتبار مرجع نمی‌تواند در جهت نیل به نتیجه‌ی نهایی منصفانه به نتیجه‌ای دست یابد که اثربخش و مستدل نبوده و با دلایل منطقی قابل توضیح نباشد (ICJ Reports, 1991, para. 43; Rosenne, 2006, pp. 1542-1543; Zimmermann, 2006, p. 734).

تردیدی نیست که تصمیمات متخذه بر مبنای کدخدامنشی لزوماً آثار حقوقی سایر تصمیمات الزام‌آور مبتنی بر منابع حقوق بین‌الملل را دارد و بنابراین، از جمله مشمول مواد ۵۹ (نسبی و الزام آور بودن آراء) و ۶۰ اساسنامه‌ی آن (قطعی و غیر قابل استیناف بودن آراء) و نیز ماده‌ی ۹۴ منشور ملل متحد (لزوم تبعیت اعضای ملل متحد از آرای دیوان و ضمانت اجرای شورای امنیت در این زمینه) می‌باشند^۱ (Rosenne, 2006, p. 293). بنابراین بی‌شک از «صلاح‌دید» (Discretionary) بودن اعمال کدخدامنشی، «خودسرانه» (Arbitrary) بودن آن را نباید استنتاج کرد (Zimmermann, 2006, p. 734).

۱. البته با وجود این مسأله، کدخدامنشی نمی‌تواند بخشی از رویه‌ی قضایی گردد و در نتیجه در قالب بند چهارم پاراگراف نخست ماده‌ی ۳۸ قابل استناد نیست (Zimmermann, 2006, p. 734).

۲- تکمیل قواعد حقوقی

در باب نقش «تکمیل قواعد حقوقی» (Praeter legem) و احتساب آن ذیل مفهوم مضیق انصاف یا کدخدامنشی بحث بسیار است. آیا اساساً هر جا برای حل مسأله‌ای قاعده‌ای یافت نشود، مرجع رسیدگی مجاز به امتناع از صدور رأی به دلیل سکوت مقررات موضوعه می‌باشد و یا با توسل به ابزاری نظیر انصاف می‌تواند اقدام به تعیین تکلیف قضیه نماید؟ البته پیش فرض طرح این سؤال، پذیرش وجود خلأ در حقوق بین‌الملل است.

۲-۱- وجود خلأ در مقررات موضوعه

اگرچه تعریفی روشن از خلأ حقوقی وجود ندارد، اما شاید بتوان آن را عبارت از وضعیتی دانست که در آن هیچیک از مقررات موضوعه، پاسخگوی قضیه‌ی مطروحه نبوده و مرجع مربوطه، قادر به استناد به قاعده‌ای حقوقی در مقررات موضوعه، اعم از نوشته و غیر آن، نباشد. در کنار نظر مخالف (Schwarzenberger and Brown, 1976, p. 178)، غالب حقوقدانان به وجود خلأ در حقوق بین‌الملل اقرار صریح یا ضمنی کرده‌اند^۱ (ICJ Reports, 1993, (A), para. 65; Akehurst, 1976, p. 802) (روسو، ۱۳۴۷، ص ۱۵۸). دیوان نیز بعنوان مهم‌ترین مرجع حل اختلاف صراحتاً وجود خلأ در حقوق بین‌الملل را پذیرفته است.^۲ به تبع پذیرش وجود خلأ در حقوق بین‌الملل، این سؤال مطرح می‌گردد که آیا دادرسان بین‌المللی، اعم از قضات و داوران، می‌توانند به استناد سکوت مقررات موضوعه از صدور رأی خودداری ورزند یا چنین امکانی برایشان فراهم نیست؟ روشن است که پاسخ منفی، تکلیف سنگینی بر دوش مراجع رسیدگی قرار می‌دهد (Munkman, 1972-1973, p. 18).

۱. طرفداران فقدان خلأ استدلال کرده‌اند که با توجه به حکومت معیار عدالت بر کل قضایای مطروحه در روابط بین کشورها، حتی در صورت عدم وجود قاعده‌ای معاهداتی یا عرفی، انصاف بعنوان بخشی از عدالت حاکم بر قضیه می‌گردد. بعلاوه، در صورت فقدان مقررات موضوعه اصل بر آزادی عمل کشورهاست. ورژیل، با رد این استدلال‌ات سست تصریح نموده که به لحاظ اصولی با تفکیک مقررات موضوعه از غیر آن باید این نکته را لحاظ نمود که انصاف همیشه معیار مشترکی برای رفتار مشروع کشورها فراهم نمی‌آورد. همچنین استناد به حاکمیت اراده و آزادی عمل کشورها در قضایای جدیدی که برای بار اول بروز نموده، پاسخ قانع‌کننده‌ای در خصوص مسأله‌ی خلأ در حقوق بین‌الملل فراهم نمی‌آورد. وی در نهایت بدون هیچ تردیدی وجود خلأ را تأیید نموده است (Verzijl, 1968, pp. 67-73).

۲. از جمله دیوان در رأی مشورتی «جبران خسارات وارده به سازمان ملل متحد در حین خدمت»، تفوق حمایت شغلی یا حمایت دیپلماتیک را مسکوت (ICJ Reports, 1949, pp. 185-186) و در قضیه‌ی «هایادولانوره»، جرم ارتكابی توسط هایادولانوره را جرم سیاسی (شرکت در شورش نظامی) و خارج از شمول حکم «کنوانسیون هاوانا راجع به پناهندگی» (۱۹۲۸) تشخیص داد (ICJ Reports, 1951, pp. 80-83).

۲-۲- چگونه رفع خلاً توسط انصاف: کدخدانمنشی یا مفهوم خاص انصاف؟

در مقابل نظری مخالف (Schachter, 1982, p. 85)، غالب حقوقدانان و خود دیوان معتقدند که در صورت سکوت مقررات موضوعه هیچ یک از مراجع محق برای وضع قاعده جهت مرتفع ساختن خلاً و حل اختلاف نمی‌باشند (Verzijl, 1968, pp. 69, 73-75)؛ چرا که وظیفه‌ی مراجع حل اختلاف بیان و اعمال و نه وضع قاعده‌ی حقوقی است (ICJ Reports, 1963, pp. 34-35). تاکنون در هیچ موردی مراجع قضایی یا داوری بین‌المللی با استناد به این دلیل از صدور رأی خودداری نورزیده‌اند. البته علمای حقوق بین‌الملل باتفاق پذیرفته‌اند که بایستی تلاش برای پرهیز از عدم صدور رأی از سوی مرجع رسیدگی، هر چند از طرق غیرمستقیم، به منظور حفظ جایگاه آن صورت پذیرد.

توسل به انصاف جهت مرتفع ساختن خلاً و حل اختلاف، طریقی برای مواجهه با معضل مذکور است. در این میان، برخلاف برخی حقوقدانان (Cheng, in: Higgins, 1991, pp. 283-284; Castberg, in: Lapidoth, 1987, p. 143؛ دکترین غالب نقش انصاف در جهت تکمیل حقوق بین‌الملل را نیازمند رضایت طرفین دعوی می‌داند؛ زیرا نظر به ارادی بودن حقوق بین‌الملل در نظام حقوقی حل اختلافات بین‌المللی صلاحیت اجباری وجود ندارد و از اینرو صلاحیت مراجع رسیدگی کننده باید تفسیر مضیق گردد (Schwarzenberger and Brown, 1976, p. 197). رویه‌ی دیوان نیز حاکی از این است که همواره بر اساس مقررات موجود اقدام به صدور رأی کرده (Higgins, 1991, p. 288) و آنجا که ادله برای صدور حکم بر اساس انصاف قطعی نبوده، از بهره‌جویی از آن در نقش تکمیل قواعد حقوقی امتناع کرده است (کک دین، ۱۳۸۲، ص ۵۷۵). بنابراین، مشروعیت اقدام به برطرف ساختن خلاً با استناد به انصاف موکول به رضای صریح طرفین یا تجویز این امر بوسیله‌ی یکی از مقررات موضوعه خواهد بود که در این فرض اساساً خلاً حقیقی مطرح نیست. در غیر این صورت، راهی به جز خودداری مرجع حل اختلاف از صدور رأی وجود نخواهد داشت.

در کنار اختلاف نظرات موجود، بزعم برخی حقوقدانان اعمال انصاف در جهت رفع خلاً را نمی‌توان در نقطه‌ای خاص محصور ساخت؛ زیرا انصاف در این حوزه در فاصله‌ی بین حقوق و غیر آن، بسته به مورد، در حرکت است. برای مثال اقدام یک مرجع رسیدگی جهت مرتفع ساختن یک خلاً ساده و در حقیقت یک ابهام در یک مقرر، متفاوت است از بهره‌جویی از انصاف در جهت رفع یک خلاً آشکار به نفع طرفی که اساساً تحت حمایت قانونی قرار نمی‌گیرد. روشن است که مورد نخست ذیل حقوق محض مورد دوم خارج از آن به شمار می‌آید. در واقع کارکرد تکمیلی انصاف، با وجود غلبه‌ی کدخدانمنشی، هم به حقوق و هم به غیر آن پهلوی می‌زند و شاید از همین رو است که به اعتقاد برخی صاحب‌نظران، کارکرد دوم

انصاف به سادگی امکان همزیستی تصمیم‌گیری مبتنی بر مقررات دقیق حقوقی را با حوزه‌های خارج از آن فراهم می‌آورد (Trakman, 2007, pp. 17-18).

۳- نقض و حذف قواعد حقوقی

بی‌تردید انصاف در جایگاه «نقض و حذف قواعد حقوقی» (Contra legem)، با این توجیه که حقوق محض در برخی موارد مخالف هدف و روح حقیقی آن نتیجه می‌دهد با جدایی کامل از مقررات موضوعه و ورای آن عمل می‌کند (White, 2004, p. 110). در این خصوص برخی از حقوقدانان معتقدند چنانچه تقابل میان کدخدانمنشی و مقررات موضوعه وجود نداشته باشد، کدخدانمنشی اعمال نشده است (Perelman, in: ICJ Reports 1993, (A), para. 60). در مقابل به تعبیر برخی دیگر، مرجع در اعمال کدخدانمنشی صرفاً مجاز و نه ملزم به انحراف از قانون قابل اعمال است (Hudson, 1943, p. 620). در جمع این دو نظر می‌توان از زبان قاضی شهاب‌الدین گفت: «... گرچه اختیار کدخدانمنشی انحراف از اصول حقوق را [مطلقاً] الزامی نمی‌سازد، ولی نشانه‌ی برجسته‌ی آن این است که چنین انحرافی را اجازه می‌دهد» (ICJ Reports, 1993, (C), p. 56)؛ زیرا جوهره و ماهیت کدخدانمنشی تقابل آن با مقررات موضوعه است و در صورت ضروری تشخیص دادن کدخدانمنشی پس از احراز شرایط مربوطه، مرجع رسیدگی ناگزیر از تقابل با مقررات موضوعه خواهد بود و حتی ممکن است صریحاً از یک یا چند تن از اصحاب دعوی بخواهد که از حقوق قانونی خود صرف نظر نمایند. در غیر این صورت، عملکرد معمول مرجع است که جریان دارد (Zimmermann, 2006, p. 733). بیان دیوان در رأی قضایای آفریقای جنوب غربی نیز مؤید لزوم تقابل مذکور است (ICJ Reports, 1966, para. 90).

بنابراین، پروسه‌ی ایفای سومین نقش انصاف صرفاً مبتنی بر مصلحت‌اندیشی و انصاف است. به بیان دیگر، مرجع رسیدگی بایستی مطابق استدلال‌ات خود مبتنی بر زمینه‌های غیرحقوقی، به گونه‌ای مطلقاً جوانمردانه و منصفانه میان طرفین دعوی قضاوت نماید (Trakman, 2007, p. 19) و در نهایت به مصالحه‌ای منصفانه در جهت ایجاد تعادل میان منافع طرفین دست یازد (Janis, 1984, p. 76).

نتیجه‌گیری

انصاف یکی از مقتضیات اصلی یک جامعه‌ی نظام‌مند امروزی است که همواره در عرصه‌ی بین‌المللی، ایفاگر نقش‌های تعدیل، تکمیل و تصحیح حقوق، در قالب یک منبع حقوقی بوده است. «مفهوم مضیق انصاف» بعنوان یک اصل کلی حقوق عهده‌دار نقش نخست و «کدخدانمنشی» بعنوان راهکاری استثنایی ایفاگر نقش سوم و با وجود مناقشات بسیار نقش

دوم بوده و می‌تواند بعنوان بازوی کمکی عدالت حقوقی در جهت نیل به عدالت واقعی مطرح گردد (Zimmermann, 2006, p. 733; Lapidoth, 1987, p. 145). البته از آنجا که انصاف در نقش تعدیل مبتنی بر مقررات موضوعه و در دو نقش دیگر مبتنی بر رضایت طرفینی و کماکان در حصار منابع سنتی حقوق بین‌الملل است، یک منبع حقوقی کاملاً مستقل به شمار نمی‌رود. مطابق آنچه گفته شد وجود انصاف در نظام حل اختلافات بین‌المللی به دلایل بسیار نظیر مرتفع ساختن ضعف کلی گویی حقوق موضوعه (Merrills, 2005, p. 162)، توسعه‌ی حقوق بین‌الملل و اعطای آزادی عمل به مراجع رسیدگی (ICJ Reports, 1993, (A), paras. 16-17, 159) موجه است. در مقابل ایراداتی قابل تأمل نیز بر آن وارد است که از آن جمله است ذهنی بودن و بیم اعمال خودسرانه‌ی انصاف (Akehurst, 1976, p. 811)، بی‌رغبتی و بی‌اعتمادی تابعین حقوق بین‌الملل نسبت به اجرای تصمیمات، امکان تجاوز به امنیت بین‌المللی (Janis, 1984, p. 75) و نیز عدم قابلیت پیش‌بینی آراء (Lapidoth, 1987, pp. 146-147).

اگرچه انصاف بعنوان یک اصل کلی حقوقی در عرصه‌های مختلف بین‌المللی رخنه کرده^۱ و هر دو دیوان به عنوان مهم‌ترین مراجع قضایی بین‌المللی نیز کم و بیش در زمینه‌های مختلف از آن بهره‌جسته‌اند،^۲ اما «تحدید حدود فلات قاره» (Delimitation of Continental Shelf) بین کشورهای ساحلی متقابل و مجاور به دلیل آثار عینی آن مهم‌ترین عرصه‌ی ظهور انصاف در آرای قضایی و داوری بین‌المللی می‌باشد که شرح آن گذشت. در واقع انصاف در سال ۱۹۶۹ با قضایای فلات قاره‌ی دریای شمال به معنای واقعی نفس کشید. پس از آن نیز با وجود زمزمه‌هایی در خصوص تشکیل محاکم جداگانه‌ی انصاف، رویه‌ی بین‌المللی در بهره‌گیری از انصاف بویژه در عرصه‌ی مزبور، به توفیقی نسبی در بهره‌مندی از انصاف دست یافت. در همین راستا نیز قاضی «بجاوی» با اشاره به نحوه‌ی برخورد دیوان با دعاوی تحدید تأکید می‌کند: «... [حقوق بین‌الملل] ماهیتاً یک حقوق منعطف و باز باقی می‌ماند» (Bedjoui, in: Kwiatkowska, 1996, p. 523).

۱. از جمله حقوق محیط زیست بین‌المللی در قالب مفاهیم «انصاف درون نسلی» و «انصاف بین‌نسلی» (Report of the Expert Group Meeting on Identification of Principles of International Law for Sustainable Development, Prepared by the Division for Sustainable Development for the Commission on Sustainable Development Fourth Session, New York, 18 April-3 May 1996)، حقوق بشر در قالب «اختیارات ذاتی» نهادهای نظارتی بین‌المللی (Ramcharan, in: Trindade, 2006, p. 164)، پرداخت غرامت (خلیلیان، ۱۳۸۲، ص ۱۶۵) و برخی مناسبات اقتصادی (Trakman, 2007, pp. 12-17).

2 - Cf. e.g. PCIJ Reports, 1937, Diversion of Water from the River Meuse, para. 7; ICJ Reports, 1974, Fisheries Jurisdiction, paras. 69, 78.

با وجود کارآیی و جایگاه در اسناد و ادبیات حقوق بین‌الملل از گذشته تاکنون، برخلاف وجه مضیق انصاف، رویه‌ی قضایی بسیار محدودی مبنی بر توسل به آن شکل گرفته^۱ و به نظر می‌رسد در عمل دولتها ترجیح می‌دهند به اعمال انصاف بعنوان اصلی حقوقی بسنده نمایند. تاکنون دولتها، واقع‌گرایانه، در برخورد با مراجعی نظیر دیوان، نارسایی‌های اعمال قواعد حقوقی را به جان خریده و با علم به معایب قابل پیش‌بینی کدخدانمنشی، با دل بستن به ظرفیت‌های نهفته در حقوق محض خود را کماکان در حصار آن نگاه داشته و امنیت حقوقی حاکم را کافی دانسته‌اند. مراجعی نظیر دیوان نیز با وجود آنکه در معدود مواردی قادر به استنتاج اختیار کدخدانمنشانه‌ی خود بوده‌اند، همواره سعی کرده با امتناع از توسل به آن خود را از اتهام قانون‌گریزی دور نگاه داشته و شأن بین‌المللی احکام صادره‌ی خود را تا حد امکان محفوظ نگاه دارند (Zimmermann, 2006, 734). از این رو و با توجه به پیچیدگی‌های اعمال کدخدانمنشی، موارد اقدام بر اساس آن در عمل بسیار نادر بوده و کماکان خواهد بود.

منابع و مأخذ

الف - فارسی

۱. بلدسو، رابرت و بوسچک، (۱۳۷۵)، فرهنگ حقوق بین‌الملل، ترجمه‌ی بهمن آقایی، تهران، کتابخانه گنج دانش.
۲. خلیلیان، سید خلیل، (۱۳۸۲)، دعاوی حقوقی ایران و امریکا مطرح در دیوان داوری لاهه، تهران، انتشارات شرکت سهامی انتشار.
۳. داوید، رنه و اسپینوزی، کامی ژوفره، (۱۳۸۴)، درآمدی بر حقوق تطبیقی و دو نظام بزرگ حقوقی معاصر، ترجمه و تلخیص سید حسین صفایی، تهران، نشر میزان.
۴. روسو، شارل، (۱۳۴۷)، حقوق بین‌الملل عمومی، ترجمه‌ی محمد علی حکمت، جلد اول، تهران، انتشارات دانشگاه تهران.
۵. روسو، شارل، (۱۳۷۱-۷۲)، «حقوق بین‌الملل و اندیشه‌ی عدالت»، ترجمه‌ی اردشیر امیرارجمند، تهران، مجله‌ی تحقیقات حقوقی، شماره‌ی ۱۱-۱۲.
۶. ضیایی بیگدلی، محمدرضا، (۱۳۸۴)، حقوق بین‌الملل عمومی، تهران، کتابخانه‌ی گنج دانش.
۷. کک دین، نگوین و پله، آلن، (۱۳۸۲)، حقوق بین‌الملل عمومی، ترجمه‌ی حسن حبیبی، تهران، انتشارات اطلاعات.
۸. کلیسیار، کلود آلبر، (۱۳۶۸)، نهادهای روابط بین‌الملل، ترجمه و تحقیق هدایت الله فلسفی، تهران، نشر نو.
۹. گرجی، ابوالقاسم، (۱۳۶۹)، مقالات حقوقی، جلد اول، تهران، انتشارات دانشگاه تهران.
۱۰. موسی زاده، رضا، (۱۳۷۶)، کلیات حقوق بین‌الملل عمومی، جلد اول، تهران، مؤسسه‌ی چاپ و انتشارات وزارت امور خارجه.
۱۱. میرعباسی، سید باقر، (۱۳۷۶)، حقوق بین‌الملل عمومی، جلد اول، تهران، نشر دادگستر.
۱۲. ویرالی، میشل، (۱۳۶۴)، «تفکری بر تنوری حقوق فراملی»، ترجمه‌ی ناصر صبح خیز، تهران، مجله‌ی حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی، شماره‌ی ۳.

1- Cf. e.g. Award, 30 November 1979, 1 ICSID Reports 318; Award, 15 August 1980, 1 ICSID Reports 342 (Trakman, 2007, pp. 12-14).

ب- خارجی

ب.۱. کتب و دروس آکادمی لاهه

- 1- Akehurst, Michael, (1976), **Equity and General Principles of Law**, ICLQ, Vol. 25.
- 2- Champbell Black, Henry, (1979), **Black's Law Dictionary**, West Publishing Co., Fifth Edition.
- 3- Chemillier G., Monique, (1991), **Equity**; Mohammad Bedjaoui (General Editor): **International Law; Achievements and Prospects**, UNESCO.
- 4- Dixon, Martin, (2007), **Textbook on International Law**, New York, Oxford University Press, Sixth Edition.
- 5- Franck, Thomas M., (1993), "Fairness in the International Legal and Institutional System", **RCADI**, Tome 240, Martinus Nijhoff Publishers.
- 6- Higgins, Rosalyn, (1991), "International Law and the Avoidance; Containment and Resolution Disputed", **RCADI**, Tome 230, Martinus Nijhoff Publishers.
- 7- Hudson, Manley O., (1943), **The Permanent Court of International Justice (1920-1942)**, New York, the Macmillan Company.
- 8- Lapidoth, Ruth, (1987), **Equity in International Law**, Proceedings of the ASIL, 81st Annual Meeting.
- 9- Lauterpacht, Sir Hersch, (1982), **the Development of International Law by International Court**, Grotius Publication and Ltd.
- 10- Merrills, J. G., (2005), **International Dispute Settlement**, Cambridge University Press, Printed in Cambridge, Fourth Edition.
- 11- Miyoshi, Masahiro, (1993), **Considerations of Equity in the Settlement of Territorial and Boundary Disputes**, Martinus Nijhoff Publishers.
- 12- Mohebi, Mohsen, (1999), **the International Law Character of the Iran-United States Claims Tribunals**, Martinus Nijhoff Publishers.
- 13- Rosenne, Shabtai, (2006), **the Law and the Practice of the International Court (1920-2005)**, Vols. 1-3, Martinus Nijhoff Publishers, Fourth Edition.
- 14- Rocci, Christopher, (1993), **Equity and International Law; A Realistic Approach**, New York, Transnational and Publishers.
- 15- Schachter, Oscar, (1982), "International Law in Theory and Practice", **RCADI**, Tome 178, Martinus Nijhoff Publishers.
- 16- Schwarzenberger, George, (1957), **International Law**, Vol. 1, Stevens & Sons Limited, Third Edition.
- 17- Schwarzenberger, George and Brown, E. D., (1976), **A Manual of International Law**, Professional Books Limited, Sixth Edition.
- 18- Trindade, A. A. Cancade, (2005), "International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium", **RCADI**, Tome 316, Martinus Nijhoff Publishers.
- 19- Verzijl, J. H. W., (1968), **International Law in Historical Perspective**, Vol. 1, M. W. Sijthoff/Leiden.
- 20- Whiteman, Marjorie M., (1963), **Digest of International Law**, Vol. 1, Department of State Publication.
- 21- Zimmermann, A. and others, (2006), **the Statute of the International Court of Justice: A Commentary** (Article 38 by A. Pellet), New York, Oxford University Press.

ب.۲. مقاله ها

- 1- D'Amato, Anthony, (1984), "Good Faith", **EPIL**, North-Holland Publishing Company, Vol. 7.
- 2- Janis, M. W., (1984), "Equity in International Law", **EPIL**, North-Holland Publishing Company, Vol. 7.
- 3- Kwiatkowska, Barbara, "The International Court of Justice and the Law of the Sea-Some Reflections", **The International Journal of Marine and Coastal Law**, Kluwer law International, Vol. 11, No. 4, 1996.
- 4- Kwiatkowska, Barbara, (1997), "Equitable Maritime Boundary Delimitation: as Exemplified in the Work of International Court of Justice During the Presidency of Sir Robert Jennings and Beyond", **Ocean Development and International Law**.

- 5- Lauterpacht, E., (1977-1978), "Equity, Evasion, Equivocation and Evolution in International Law", **Proceedings of the American Branch of the ILA**.
- 6- Munkman, A. L. W., (1972-1973), "International Judicial Decision and the Settlement of Territorial and Boundary Disputes", **BYIL**, No. 46.
- 7- Nelson, L. D. M., (1990), "The Role of Equity in the Delimitation of Maritime Boundaries", **AJIL**, Vol. 84, No. 4.
- 8- Trakman, Leon, (2007), "Ex Aequo Et Bono: De-Mystifying An Ancient Concept", **University of New South Wales**, Hosted by Berkeley Electronic Press.
- 9- Van Dyke, Jan M., (2002), "Judge Shigeru Oda and Maritime Boundary Delimitation", **Liber Amicorum Judge Shigeru Oda**, Kluwer Law International, Vol. 2.
- 10- White, Margaret, (2004), "Equity-A General Principle of Law Recognised by Civilized Nations?", **Queensland University of Technology**.

ب.۳. قضایا

- 1- PCIJ Reports, (1937), **Diversion of Water from the River Meuse** (Netherlands v. Belgium), Series A/B, No. 70.
- 2- ICJ Reports, (1949), **Reparation for Injuries Suffered In the Service of the UN** (Advisory Opinion).
- 3- ICJ Reports, (1951), **Haya de la Torre** (Colombia v. Peru).
- 4- ICJ Reports, (1963), **Northern Cameroons** (Comeroons v. United Kingdom of Great Britain).
- 5- ICJ Reports, (1966), **South West Africa Cases** (Liberia and Ethiopia v. South Africa).
- 6- ICJ Reports, (1969), **North Sea Continental Shelf Cases** (Federal Republic of Germany v. Denmark and Netherlands), Sep.Op. Ammoun (A) and Judgment (B).
- 7- ICJ Reports, (1974), **Fisheries Jurisdiction** (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Iceland).
- 8- ICJ Reports, (1980), **Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 between WHO and Egypt** (Advisory Opinion).
- 9- ICJ Reports, (1982), **Continental Shelf** (Tunisia v. Libian Arab Jamahiria), Judgment (A) and Sep.Op. Arechaga (B).
- 10- ICJ Reports, (1984), **Delimitation of Maritime Boundary in the Gulf of Main Area** (Canada v. United States of America).
- 11- ICJ Reports, (1985), **Continental Shelf** (Libyan Arab Jamahiriya v. Malta).
- 12- ICJ Reports, (1991), **Arbitral Award of 31 July 1989** (Guinea Bissau v. Senegal).
- 13- ICJ Reports, (1993), **Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen** (Denmark v. Norway), Sep.Op. Weeramantry (A), Judgment (B) and Sep.Op. Shahabuddeen (C).
- 14- ICJ Reports, (1996), **Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons** (Advisory Opinion).
- 15- ICJ Reports, (2002), **Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria** (Cameroon v. Nigeria).
- 16- ICJ Reports, (2004), **Legality of Use of Force Cases** (Serbia and Monenegro v. Belgium).