

اصل انصاف و ظرفیت قاعده‌سازی آن در رویه دیوان بین‌المللی دادگستری

محسن محبی *

اعظم امینی **

چکیده

انصاف از جمله مفاهیم چندلایه و پیچیده‌ای است که هم در دکتین، همواره مورد بحث بوده، و هم در رویه دیوان دائمی و دیوان بین‌المللی دادگستری و سایر مراجع قضایی بین‌المللی به‌کرات مورد استناد قرار گرفته است. قضات دیوان نیز در نظرات جداگانه خود به مناسبت‌های مختلف، مفهوم انصاف را مورد بحث و استناد قرار داده‌اند. دیوان بین‌المللی، با استفاده از ظرفیت قاعده‌سازی اصل انصاف در حل‌وفصل دعاوی، نقش مؤثری در عینیت‌یافتن برخی از مصادیق انصاف در حقوق بین‌الملل داشته و در فرایند تفسیر، گاه از اصل کلی انصاف، استنباط‌های اثرگذاری انجام داده که در فهم محتوای انصاف و معیارهای حقوقی آن راهگشاست. در مقاله حاضر، با تجزیه و تحلیل بعضی از رویه‌های دیوان بین‌المللی، ظرفیت‌های اصل کلی انصاف به‌ویژه ظرفیت قاعده‌سازی آن در راستای توسعه حقوق بین‌الملل و پویایی آن مورد بحث قرار گرفته است.

واژگان کلیدی

انصاف، اصول منصفانه، اصول کلی حقوق، حسن نیت، استاپل

sd.mohebi@gmail.com

amini.az@gmail.com

* نویسنده مسئول، عضو هیئت علمی دانشگاه آزاد اسلامی، واحد علوم و تحقیقات

** عضو هیئت علمی دانشگاه فردوسی مشهد

مقدمه

انصاف، متشکل از مجموعه‌ای از اصول است که سختی قواعد را تلطیف می‌کند. این اصول، صرفاً بخشی از مفهوم وسیع‌تر انصاف در اصطلاح عرفی و به‌مثابه درون‌مایه عدالت است که کلیه قوانین مبتنی بر آن است. قانون در شکل اولیه، عمدتاً به اعمال کلی قواعد مربوط می‌شود و فضای کمی برای تغییر در قضایای مختلف ایجاد می‌کند و از این‌رو موجب سختی قواعد می‌شود. در اوضاع و احوالی که قواعد عادی حاصل از قانون، منتهی به سختی غیر معمول آن شود، انصاف، این سختی قانون را از طریق اعمال آنچه منصفانه و عادلانه است، تصحیح می‌کند. در این مفهوم، انصاف مجموعه‌ای از اصول است که جدای از قواعد کلی، گاهی قواعد را تکمیل می‌کند یا جایگزین قاعده می‌شود.^۱

به‌طور کلی، انصاف از نظر حقوقی، در مرحله رسیدگی قضایی اهمیت بیشتری می‌یابد. در این مفهوم، انصاف، سه نقش ایفا می‌کند و هر سه نقش، در نسبت آن با قانون و در مقام اجرا توسط مرجع قضایی تعریف می‌شود: گاه در تفسیر قانون، گاه در تکمیل خلأ قانون، و گاه به‌جای قانون. الف. در تفسیر یا اعمال مقررات موضوعه، انصاف، طریقی برای دستیابی به عدالت است یعنی برآوردن مقتضیات آن در یک قضیه یا دعوی معین (*Infra Legam*). در این مفهوم، اجرای انصاف، ذاتاً یک عمل قضایی است که مرجع رسیدگی، بنا به وظیفه‌ای که در اجرای قانون دارد، انجام می‌دهد.

ب. هرگاه حقوق موضوعه، مقرراتی درباره قضیه مورد نظر نداشته باشد، انصاف، خلأ قانون موضوعه را پر می‌کند و در تکمیل مقررات موضوعه به‌کار می‌رود (*Praetor Legam*).

ج. انصاف به‌عنوان انحراف از قاعده حقوقی با رضای صریح طرفین دعوا مبنی بر اینکه مرجع رسیدگی، صرف‌نظر از مقررات موضوعه به حل اختلاف بپردازد (*Contra Legam*).

حقوق دانان بین‌المللی به‌طور کلی توافق دارند که یکی از مصادیق اصول منصفانه، اصول کلی حقوق در مفهوم قسمت (ج) بند ۱ ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری است. به گفته سوارزبرگر:

«... هر آنچه از مطالعات تطبیقی به‌دست آید و نشان دهد که عدالت، انصاف و سایر ارزش‌های اخلاقی در نظام‌های حقوقی عمده جهان به‌عنوان اصول کلی حقوق شناخته شده‌اند، این دستاورد توسط دیوان بین‌المللی دادگستری به‌عنوان وسیله فهم و توجه به انصاف در حقوق بین‌الملل به‌کار می‌رود».^۲

اگرچه «اصول کلی حقوق» به‌طور رسمی حدود ۹۲ سال پیش در اساسنامه دیوان دائمی

1. Newman, R. A., *Equity and Law: A Comparative Study*, Oceana Publications, 1961, p. 11.

2. Schawrnzenberger, G., "Equity in International Law", *Yearbook of World Affairs*, 1972, p. 346.

اصل انصاف و ظرفیت قاعده‌سازی آن در رویه دیوان بین‌المللی دادگستری ❖ ۱۱

دادگستری بین‌المللی به‌عنوان یکی از منابع حقوق بین‌الملل شناخته شده است، به‌کارگیری این منبع در تصمیمات دیوان بین‌المللی و دادگاه‌های بین‌المللی، نسبتاً محدود بوده است. دو دلیل عمده برای این رویه مطرح شده است: نخست، حقوق بین‌الملل سنتی، اساساً ناظر به مقررات رسمی روابط دیپلماتیک میان دولت‌ها بود و خود را به این منبع (اصول کلی حقوق) چندان نیازمند نمی‌دید.^۳ دوم، صلاحیت نهادهای قضایی بین‌المللی، مانند دیوان بین‌المللی دادگستری و تمکین و اجرای تصمیمات و آرای آن‌ها، وابسته به رضایت دولت‌ها است. بدین لحاظ، این نهادها در اعمال اصول کلی حقوق بسیار محتاط‌اند تا مبدا متهم به اجرای غیرمجاز قوانین بین‌المللی شوند.^۴ با این حال، قضات دیوان در تقویت مواضع و استدلال‌ات خود در نظرات جداگانه به‌وفور به اصول کلی استناد می‌کنند. در رویه سایر نهادهای قضایی بین‌المللی نیز اصول کلی مورد تأکید قرار گرفته است، به‌طوری‌که استناد و استفاده از انصاف به‌عنوان اصل کلی در دعاوی و قضایای بین‌المللی پذیرش وسیعی دارد و بخشی از مجموعه قواعد حقوقی، ناظر به نظم بین‌المللی است.^۵ البته حقوق‌دانان بین‌المللی از اینکه توسل به انصاف، بدون ساختار و نامحدود بوده و بسته به تشخیص و صلاحدید مرجع قضایی استنادکننده باشد، خرسند نیستند.

استفاده از انصاف در دعاوی بین‌المللی، بسته به موضوع، متفاوت است. قاضی بین‌المللی، در مقام تفسیر و رفع ابهام از متن، باید مبنایی را برگزیند. برای یافتن این مبنای تفسیر، قاضی «با تعمق در رفتار پراکنده دولت‌ها و استقرا در محتوای حقوقی اعلامیه‌ها و موضع‌گیری‌ها و منش تابعان مختلف حقوق بین‌الملل و با آشکارساختن ماهیت حقوقی آن‌ها، به کمک اصول بنیادین، یعنی همان اصولی که مبنای استدلال او در یافتن راه‌حل نهایی است، حکم را استنباط می‌کند و نتایج لازم منطقی را از آن به‌دست می‌آورد. کلمتی که از تألیف و ترکیب این اصول به‌دست می‌آید، گاه بدان محتوایی می‌دهد که دولت‌ها هرگز به اراده خود آن را پدید نمی‌آورند».^۶ به‌عبارت‌دیگر، یکی از راه‌های رفع ابهام در قواعد حقوق بین‌الملل موضوعه، استنباط قاعده از طریق استناد به اصول کلی است. در چنین وضعیتی‌هایی، قاضی از دل اصول کلی، قاعده‌ای خاص را انتزاع می‌کند و از محتوای اصل یا قاعده‌ای کلی و بلاشرط، قاعده‌ای خاص استخراج می‌کند،

^۳ با این‌همه، حتی در حوزه روابط دیپلماتیک میان دولت‌ها، اصول کلی و لازم‌الاجرا وجود دارد مانند «صدمه به دیپلمات‌ها برخلاف حقوق بین‌الملل است».

^۴ Friedman, W., "Uses of General Principles in the Development of International Law", *The Am. J. Int'l L.*, 57, 279, 1963, p. 280

^۵ White, M., "Equity: A General Principle of Law Recognised by Civilised Nations", *Queensland U. Tech. L. & Just. J.*, 4, 103. 2004, p. 14.

^۶ Dupuy, P.M., *Le juge et règle générale*, R.G.D.I.P. 1989, pp. 570-571

به نقل از: فلسفی، هدایت‌الله؛ «روش‌های شناخت منطقی حقوق بین‌الملل: تفسیر و اجرای مقررات حقوق بین‌الملل»، *مجله تحقیقات حقوقی*، ش ۱۲-۱۱، ۱۳۷۱، صص ۱۶۹-۱۷۰.

حدود و دامنه اجرایی قاعده، شرایط و جهات، و نیز مستثنیات و آثار حقوقی آن را معین می‌سازد و بدین ترتیب از یک اصل انتزاعی، قواعد متعددی استنباط می‌کند.^۷ انصاف، یکی از این اصول کلی است که ظرفیت خوبی برای قاعده‌سازی دارد و قاضی با مراجعه به آن می‌تواند قاعده را از آن انتزاع کند. این فرایند، یکی از مهم‌ترین کارکردهای انصاف در سیستم قضایی بین‌المللی است. در این مقاله برای توضیح و تبیین این کارکرد انصاف، ابتدا اصول کلی حقوق را از این حیث که بستر انتزاع قاعده و سپس انضمام آن در هر قضیه خاص است - یعنی ظرفیت هنجارسازی اصول کلی حقوق - بررسی می‌کنیم (۱)، آن‌گاه رابطه اصل و قاعده را توضیح می‌دهیم (۲) و سپس چند نمونه از آرای دیوان بین‌المللی دادگستری را که در آن، دیوان با بسط مفهوم انصاف، اصول و قواعدی را شناسایی کرده و بعضی چهره‌های انصاف را در حقوق بین‌الملل ترسیم و عینیت بخشیده، مطالعه می‌کنیم (۳).

۱. اصول کلی حقوق: بستر انتزاع و انضمام قاعده در قضیه خاص

فرایند انتزاع قاعده حقوقی از اصول کلی حقوق - از جمله اصل انصاف - توسط مرجع بین‌المللی قضایی و سپس انضمام و اجرای آن در قضیه خاص و موارد مشابه، انجام می‌شود. این فرایند به واسطه استیفای ظرفیت قاعده‌سازی اصول کلی ممکن می‌شود. هرچه اصل کلی ذی‌ربط، وسعت و استعداد بیشتری داشته باشد - مانند اصل حسن‌نیت - ظرفیت بیشتری برای قاعده‌پردازی دارد. اصول کلی حقوق در کنار عرف و معاهده، منابع مستقل حقوق بین‌الملل به حساب می‌آید. این اصول، نقش انتقال‌دهنده مبانی ارزشی نظام حقوقی را دارد و این یکی از دلایلی است که همیشه اثبات‌گراها (پوزیتیویست‌ها)ی حقوقی را در پذیرش آن دچار تردید می‌کند. این اصول، در واقع بستری برای ورود امور ارزشی و قضاوت‌های ارزش‌بنیاد، ضرورت‌های اجتماعی و فراحقوقی و امثال آن به حقوق بین‌الملل است و به همین دلیل، نقش برجسته‌ای در پویایی حقوقی و تعدیل و پرکردن خلأهای حقوقی و گذار از وضعیت‌های نامشخص ایفا می‌کنند.^۸ بستر این فرایند، رسیدگی‌های قضایی بین‌المللی به‌ویژه آرای دیوان بین‌المللی دادگستری است. مهم‌ترین ویژگی اصول کلی حقوق، «کلی‌بودن» آن است. همین ویژگی است که راه را بر استدلال‌های «ارزش‌محور» می‌گشاید. بنابراین، اصول کلی حقوق، در وهله نخست، عامل «تغییر شکل» نیازهای فراقانونی (اخلاقی، اجتماعی ...) و جذب و انضمام آن‌ها در نظام حقوقی است. بعد از یک دوران نهفتگی، ذهنیت یا ایده حقوقی جدید، تحت فشار ضرورت‌های اجتماعی، از طریق استدلالی که در رأی صادره در یک قضیه مناسب ارائه می‌شود، شکل می‌گیرد. این

۷. فلسفی، هدایت‌الله؛ حقوق بین‌الملل معاهدات، فرهنگ نشر نو، سی‌وهشت، پیشگفتار، ۱۳۹۱، ص ۶۰۶.

8. Kolb, R., "Principles as Sources of International Law (with Special Reference to Good Faith)". *Netherlands International Law Review*, 53, 1-36., 2006, p. 29-30.

اصل انصاف و ظرفیت قاعده‌سازی آن در رویه دیوان بین‌المللی دادگستری ❖ ۱۳

ذهنیت یا ایده حقوقی و کلی [اصل فرهنگی] در ابتدا هیچ لباس حقوقی خاصی بر تن ندارد و در این مرحله می‌تواند تنها در پرتو یک اصل کلی نظام حقوقی ظاهر شود و عینیت یابد.^۹ یکی از تعابیری که در خصوص اصول کلی حقوق به کار می‌رود، هسته مرکزی مشترک میان ایده‌ها و ذهنیت‌های مختلف حقوقی است. وجود همین هسته مرکزی مشترک در ذهنیت‌ها و احکام حقوقی، ضامن استمرار آن‌ها است و حقوق‌دانان را در زمان تنظیم قواعد مبنایی، از اینکه بخواهند از ابتدا شروع کنند، بی‌نیاز می‌کند. تفوق قلمرو و جایگاه حقوق بین‌الملل و سازمان‌های بین‌المللی در گرو دستیابی به هسته مرکزی مفاهیم حقوقی مشترک میان همه نظام‌های حقوقی متمدن و سپس نظام‌مند ساختن آن‌ها است. چنانچه این امر محقق شود می‌توان از صرف اجرای اصول کلی حقوق (موضوع قسمت (ج) بند ۱ ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری) فراتر رفت و از ظرفیت‌های اصول کلی حقوقی - از جمله اصل انصاف - در راستای قاعده‌سازی استفاده کرد.^{۱۰}

نکته دیگر اینکه اگرچه بسیاری از اصول کلی حقوقی، منبعث از نظام‌های داخلی است، هنگامی که به عرصه حقوق بین‌الملل می‌آید، با همان ظرفیت داخلی‌اش اعمال نمی‌شود. اصول کلی، بسته به بافتار و ساختاری که در آن مورد استفاده واقع می‌شود (داخلی یا بین‌المللی) ممکن است تغییر کند. *شارل دوویشر* می‌نویسد:

«عناصر حقوق داخلی، هیچ‌گاه به‌سادگی به حقوق بین‌الملل منتقل نمی‌شود. این فرآیند، نخست مستلزم شناسایی یک اصل کلی بر اساس ضرورت‌های اجتماعی مشترک به‌صورت همگرا است، و سپس تعیین اینکه این ضرورت‌های اجتماعی تا چه میزان در نظام بین‌المللی وجود دارد و اعمال اصل کلی مشابه را می‌طلبد. توسل به اصول کلی حقوق در حقوق بین‌الملل، همان چیزی است که خطامشی و راهبری حقوق نامیده می‌شود».^{۱۱}

به‌عبارت دقیق‌تر، قاضی بین‌المللی برای استخراج و شناسایی یک اصل کلی حقوق، تنها به قیاس قانونی که مستلزم تحقیق در منابع موضوعه حقوق بین‌الملل است بسنده نمی‌کند؛ بلکه از این حد فراتر می‌رود و با قیاس قضایی که متضمن تفحص در حقوق بین‌الملل و مبانی حقوق مشترک سایر نظام‌ها است، به این اصول دست می‌یابد و بر مبنای آن‌ها فصل دعوا می‌کند و از این رهگذر در جهت توسعه حقوق بین‌الملل گام برمی‌دارد.^{۱۲} قاضی بین‌المللی به‌منظور صدور

9. Kolb, R. 2006, *op. cit.*, p. 7.

10. Schlesinger R.B., "Research on the General Principles of Law Recognized by Civilized Nations", *The American Journal of International Law*, vol 51, no. 4, 1957, p. 738.

11. De Visscher, C., *Theory and Reality in Public International Law*, Princeton University Press. 1957, p. 400.

12. فلسفی، هدایت‌الله؛ «روش‌های شناخت منطقی حقوق بین‌الملل: تفسیر و اجرای مقررات حقوق بین‌الملل» همان، ص

رأی در هر قضیه باید اصل کلی مرتبط را یافته و صورت‌بندی کند اما در همان زمان نباید از معنای اصلی و کارکرد آن اصل کلی دور شود. قاعده‌ای که مرجع بین‌المللی به دنبال این فرایند، انتزاع و اعمال می‌کند، قاعده حقوق بین‌الملل است که از اصول در نظام‌های حقوق داخلی برگرفته اما با نیازهای خاص روابط بین‌الملل هم مطابقت داده شده است.^{۱۳} این اصول کلی حقوق، جنبه ایجادی دارد و اساس نظام حقوقی‌ای است که حقوق بین‌الملل باید در پرتو آن اعمال و تفسیر شود.^{۱۴}

۲. نسبت اصل و قاعده

با درک رابطه اصل و قاعده، فرایند اعمال و انضمام قاعده حاصل از اصول کلی در یک مورد خاص و موارد همگون و مشابه را بهتر می‌توان دریافت. اصل و قاعده، گاه به جای یکدیگر به کار می‌روند که البته خالی از تسامح نیست. در لغت، اصل به معنای ریشه و بنیان و پایه هر چیز است. در اصطلاح به معنای گوناگونی به کار می‌رود. گاه به معنای دلیل است، گاه اصل در برابر فرع قرار می‌گیرد، و گاه به معنای اصول عملیه در فقه است که در جایی که دلیل (کتاب و سنت و...) وجود ندارد و حکم قضیه روشن نیست، در مقام رفع تردید به آن مراجعه می‌شود، مانند اصل براءت یا استصحاب. اصل، عمومیت و کلیت دارد و ناظر به امر بدیهی است که همه آن را می‌پذیرند. در حقوق، آنچه اصول کلی نامیده می‌شود، یا ناشی از فهم مشترک و ارتکاز ذهنی از یک امر انتزاعی است مانند عدالت و نیک‌شمردن امر عادلانه یا التذاذ از زیبایی؛ یا برخاسته از ضرورت‌های اجتماعی است مانند اصل وفای به عهد یا حسن‌نیت در قرارداد یا اصل جبران خسارات و قانونی‌بودن جرم و مجازات و امثال آن‌ها قاعده‌ساز است و کار اجرای اصل است که ممکن است متناسب با زمان و مکان و تغییرات اجتماعی تغییر کند، مانند مقررات و قواعد آیین دادرسی در مورد اجرای اصل براءت یا مقررات آیین دادرسی کیفری درباره اصل قانونی‌بودن جرم و مجازات. بنابراین قاعده حقوقی، گرچه کلیت دارد، لزوماً ثابت نیست و جنبه وضعی و قراردادی دارد و با رعایت تشریفات خاصی قابل تغییر و تطبیق با وضعیت خاص است.

اصول کلی حقوق، نامعلوم و نامحدود نیست و اغلب به صورت هنجار یا به شکلی از لباس نرم موضوعه^{۱۵} صورت‌بندی و بیان می‌شود.^{۱۶} البته عمومیت و کلیت این اصول، آن‌ها را در سطحی

13. Mosler, H. "General Principles of Law", Rudolf L. Bindschedler *et al.* Consolidated Ed. *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, 511. 1995, p. 519.

14. Bassiouni, M. C., "Functional Approach to General Principles of International Law", *A. Mich. J. Int'l L.*, 11, 768. 1989, p. 770.

15. Positive soft

16. Kolb, R. 2006, *op. cit.*, p. 8.

اصل انصاف و ظرفیت قاعده‌سازی آن در رویه دیوان بین‌المللی دادگستری ❖ ۱۵

فراتر از اجرای قواعد ساده قرار می‌دهد و محتوای حقوقی آن‌ها محدود و بسته نبوده و مانند قواعد حقوقی به شیوه‌ای ملموس و عینی معین نمی‌شود. به عقیده سرجرالده فیتز موریس، اصل حقوقی یا اصل کلی حقوق که در مقابل قاعده کلی قرار دارد، به معنای خود قاعده نیست اما دربرگیرنده قاعده بوده و دلایل وجودی آن را تبیین می‌کند یا خود، دلیل وجودی آن است. قاعده، در مقابل پاسخ به سؤال «کدام» (موضوعی) و اصل در مقابل پاسخ به سؤال «چرا» (ذهنی) قرار می‌گیرد.^{۱۷} برای یافتن قاعده درست و مناسب در هر قضیه یا مورد خاص، باید به اصلی مراجعه کرد که متضمن آن قاعده باشد. قاعده‌ای که بدین‌سان از یک اصل کلی حقوق استخراج و انتزاع می‌شود تا در قضیه خاص اعمال شود، در واقع چهره هنجاری آن اصل برای اجرا در همان قضیه خاص و البته قضایای همگون و مشابه است.

کلیت قاعده حقوقی با کلیت اصول کلی حقوق، یکی نیست و این دو نباید یکسان تعبیر شوند. قاعده حقوقی، کلی است از آن جهت که می‌تواند تعدادی نامعین، عمل یا واقعه همگون را در بر گیرد، ولی از جهت دیگر، خاص است زیرا فقط بر همان‌گونه از اعمال یا وقایع اعمال می‌شود. به عبارت دیگر، قاعده حقوقی برای وضعیت‌های حقوقی خاص وضع شده است، اما اصل کلی حقوقی، ناظر به موارد استعمال نامعین است.^{۱۸}

همان‌طور که کلیار در کتاب خود از ریپر نقل می‌کند، واژه «اصل» به معنی آن بنیاد اساسی است که عمومیت بسیار دارد و در واقع زیربنای قاعده است؛ چنانچه می‌توان قاعده‌ای را تغییر داد بی‌آنکه در اصل، خللی وارد آید. اما اگر در اصول، دگرگونی به وجود آید، قواعد ناشی از آن هم به تبعیت از این دگرگونی، تغییر می‌یابد.^{۱۹}

بدین‌سان، اصول می‌تواند بین حقوق موجود و حقوق آرمانی، نقش میانه ایفا کند و بستر انتزاع قاعده و درعین‌حال، انضمام قواعد به مصادیق را به‌دست دهد، به‌نحوی که الزاماً منحصر در یکی از آن دو نباشد.^{۲۰}

چنان‌که گفتیم، اصول کلی حقوقی، محصول فهم مشترک از پاره‌ای ضرورت‌های اجتماعی یا مفاهیم انتزاعی مشترک است و همین امر، سبب پویایی آن‌ها در تطبیق با نیازهای جدید می‌شود. در حقوق بین‌الملل هم این اصول گرچه ثابت است، در فرآیند تغییرات در بستر زمان،

17. Fitzmaurice S.G., *The General Principles of International Law Considered from Standpoint of the Rule of Law*, Hague Academy, vol II, 1957, p. 7.

18. بولانژه، ژان؛ «اصول کلی حقوق و حقوق موضوعه»، ترجمه: علی‌رضا محمدزاده وادقانی، نشریه حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ش ۳۶، ۱۳۷۶، ص ۷۹.

19. کلیبار، کلود آلبر؛ *نهادهای روابط بین‌الملل*، ترجمه و تحقیق: هدایت‌الله فلسفی، نشر نو، ۱۳۶۸، ص ۴۶۵.

20. Kolb, R., 2006, *op. cit.*, p. 9.

قلمروها و چهره‌های جدیدی پیدا می‌کند و ایفای نقش می‌کند.^{۲۱} همان‌طور که برای تفسیر مقررات و تعیین حد و دامنه آن‌ها توجه به هدف منطقی آن مقررات، ضروری است، در جستجوی قلمرو و جلوه‌های جدید یک اصل کلی حقوقی نیز باید به هدف اساسی آن اصل توجه کرد تا بتوان به حکمی متناسب با قضیه مطروحه در هر مورد خاص دست یافت.^{۲۲}

به نظر می‌رسد که اصول، نه «قواعد» ساده است و نه «تصورات مبهم»، بلکه ترکیبی از آن دو است که در ایجاد قانون و هنجارسازی، نقش برجسته‌ای ایفا می‌کند (ظرفیت قانون‌سازی و قاعده‌سازی اصول کلی حقوق). در نتیجه، می‌توان اصول کلی حقوق، به‌ویژه اصول مهم را که سرشار از نیروی هنجاری است، به‌عنوان واسطه در مبنا در نظر گرفت. اصول کلی حقوق، از این حیث در واقع «قاعده بلاشرط منبع»^{۲۳} است. نقش خاص اصول کلی در مرحله شکل‌گیری قواعد جدید (در سطح قانونگذاری) و کارکرد پویای آن‌ها در تفسیر و اعمال قانون (در مرحله رسیدگی قضایی) اجازه می‌دهد که به آن‌ها به‌عنوان بخشی از منبع حقوق نگریسته شود. در این مفهوم، اصول کلی، فراتر از ایده ترمیم خال‌های قانونی است. بنابراین هر یک از اصول کلی مهم، به‌خودی‌خود، نوعی منبع حقوق یا به تعبیر دقیق‌تر، «قاعده بلاشرط منبع» است. این اصول، اساساً به معنای ثابتی از قواعد که باید اعمال شود نمی‌پردازد، بلکه با توجه به تحولات و نیازهای جدید، در راستای مفاهیم ارزشی اساسی همچون عدالت، قواعدی با ضرورت‌های اساسی را توجیه و تولید می‌کند.^{۲۴}

اصول کلی حقوق، ظرفیت قاعده‌سازی دارد و اغلب دربردارنده مفاهیم هنجاری است و قضات در رسیدگی‌های بین‌المللی از طریق فرایند ایجابی و تحلیلی و برای ارتقا و استحکام حقوق بین‌الملل، به آن ارجاع می‌دهد. با فرض اینکه اصول کلی، محصول توافق کلی دولت‌ها است و با توجه به اینکه حقوق بین‌الملل در تشخیص قضایای عرفی، عنصر «رویه دولت» همراه با «اعتقاد راسخ» را ملاک قرار می‌دهد، برای دولت‌ها نسبتاً مشکل است که نوعی قواعد بین‌الملل عرفی را شکل دهند که مخالف با اصول کلی باشد، یا بالعکس، اصولی را توسعه دهند که منتهی به نتایج یا قواعد متفاوت از رویه تثبیت‌شده دولت‌ها شود.

در مورد نسبت میان اصول کلی حقوق و قاعده می‌توان گفت که اصول کلی حقوق، سه کارکرد دارد:

(۱) منبع قواعد حقوقی مختلفی است؛

21. Panezi, M., "Sources of Law in Transition Re-Visiting General Principles of International Law", *Ancilla Iuris*, 2, 2007, p. 68.

22. Harris D.J., *Case and Materials on International Law*, London Sweet and Maxwell Limited, Sixth Edition, 2004, p. 45.

23. Norm-Source

24. Kolb, R., 2006. *op. cit.*, p. 9.

اصل انصاف و ظرفیت قاعده‌سازی آن در رویه دیوان بین‌المللی دادگستری ❖ ۱۷

(۲) اصول راهنمای نظام قضایی است که به تفسیر و اعمال قواعد حقوق، جهت می‌دهد؛
 (۳) در جریان حل و فصل دعاوی به‌طور مستقیم بر امور موضوعی قضیه اعمال می‌شود حتی اگر قاعده مدونی در مورد مسئله وجود نداشته باشد.
 در نظام حقوق بین‌الملل، جایی که قواعد مدون کم است، کارکرد سوم اصول کلی حقوق، اهمیت خاصی پیدا می‌کند زیرا صرف‌نظر از منشأ و ساختار خود، در دیوان‌ها و دادگاه‌های بین‌المللی به‌عنوان قانون قابل اجرا، و نه به‌عنوان حقوق نرم^{۲۵} در وضعیت‌های مشابه و همگون اجرا و اعمال می‌شود. در همین معنی است که بند ۱ ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری مقرر می‌دارد که دیوان، «مطابق حقوق بین‌الملل» رسیدگی خواهد کرد و اصول کلی حقوق را از منابع حقوق بین‌الملل دانسته که لازم‌الرعايه است.^{۲۶} در این معنی، اصول کلی حقوق (الف) هم با عرف و هم با معاهده برابر است؛
 (ب) هر کدام از اصول کلی حقوق، هنجارهای حقوقی متنوعی را با ماهیتی متفاوت منعکس می‌کند و
 (ج) هر یک از اصول کلی حقوق، مستقل است، چرا که برای هر یک از سه منبع مذکور، این امکان وجود دارد که به‌تنهایی مسئله حقوقی را حل کند.^{۲۷}

۳. چهره‌های عینی انصاف در حقوق بین‌الملل - اصول منصفانه

شناسایی «اصل کلی» برای یافتن «حکم» مسئله‌ای که در خارج از قلمرو مقررات موضوعه قرار گرفته، به‌ظاهر چندان مشکل نمی‌نماید. باین‌حال، گاه شناسایی این اصول دشوار می‌شود زیرا قلمرو بعضی از اصول به تناسب اوضاع و احوال اجتماعی تغییر می‌یابد و دامنه محدودتر یا وسیع‌تری پیدا می‌کند. این سیر و تحول در دامنه اصول کلی، اقتضای ذات آن‌هاست زیرا اگر اصول کلی حقوق در قالب تعاریف خشک حقوقی، آموزه علمای حقوق و مفاهیم موضوعی و حکمی محبوس بماند و ظرفیت آن استیفا نشود، پس از چندی دلیل وجودی خود را از دست می‌دهد. به‌عبارت‌دیگر، هر اصل کلی، پیش از آنکه مصادیقی در عالم خارج پیدا کند، فی‌نفسه موجودیتی اصیل دارد. اما آن قاعده یا حکمی که باید بر اساس این اصول بر وضعیتی معین منطبق شود، دلیل وجودی خود را از همان وضعیت معین برمی‌گیرد. از آنجاکه هر وضعیتی معلول اوضاع و احوال زمان خویش است، باید برای به‌نظم‌درآوردن آن، از قاعده یا حکمی استفاده کرد که

25. Soft law

۲۶. محبی، محسن؛ دیوان داورى ایران - ایالات متحده: ماهیت، صلاحیت، ساختار، ترجمه: محمد حبیبی مجنده، چاپ دوم، شهر دانش، ۱۳۹۰، ص ۱۹۰.

27. Panezi, M. 2007, *op. cit.*, p. 6-7.

با آن اوضاع و احوال هماهنگ باشد و اصلی که مبنای این قاعده است نیز باید با چنین وضع و حالی هماهنگ بنماید.^{۲۸}

در مواردی که قضات دیوان به «اصول کلی» استناد کرده‌اند، بیش از آنکه به نتایج و اصول حاصل از مطالعه تطبیقی در حقوق داخلی رجوع کنند، به طبقات متعالی و کلی‌تر نظم حقوقی، مانند «عدالت» یا «انصاف» نظر داشته‌اند. شاید گفته شود به لحاظ نظری، این شیوه، دست قاضی را باز می‌گذارد که بررسی خود را به نظام‌های داخلی مُنتخب محدود سازد و دیدگاه حاصل از آن را در سطح بین‌المللی تعمیم دهد. اما واقعیت آن است که دیوان بین‌المللی دادگستری به مطالعه تطبیقی در نظام‌های حقوق داخلی بی‌اعتنا نیست، اما خود را محدود به نتیجه حاصل از این مطالعات نمی‌کند و عمدتاً به اصول کلی جهانی استناد می‌کند تا با این انتقاد روبه‌رو نشود که تشخیص و تفکیک این اصول بر اساس معیارهای ذهنی انجام گرفته است.

با توجه به دامنه مفهومی نسبتاً جامع اصل کلی انصاف و با توجه به اینکه انصاف دارای ریشه‌های فرهنگی، اجتماعی و ارزشی است که در فرهنگ جمعی ملت‌ها و دولت‌ها نهفته است و در موقعیت‌های معین در عرصه حقوق بین‌الملل به‌عنوان یک اصل راهنما عمل می‌کند، می‌توان با یکسان‌سازی مفاهیم مبتنی بر این اصل، هنجارها و قواعدی ایجاد کرد که در بطن نظام حقوقی بین‌المللی جا گرفته و در روابط بین دولت‌ها در راستای اهداف متعالی و منصفانه‌تر ایفای نقش کند. اصول و قواعد عامی مانند منع سوءاستفاده از حق، تناسب، پاکدستی، حسن‌نیت، یا حتی مفهوم «استاپل» در همین فرایند صورت‌بندی می‌شود و شکل می‌گیرد و پس از شکل‌گیری با محتوای بیشتر غنی می‌شود و به انسجام نظام حقوقی نیرو می‌رساند. چنان‌که خواهیم دید، قواعد حقوقی که در چنین فرایندی از اصول انتزاع می‌شود، قواعد انضمامی است که در قضیه خاص اعمال می‌شود.

هرگاه انصاف به‌عنوان یک اصل با ریشه‌های انسانی، ارزشی و فرهنگی، فرایند یکسان‌سازی را طی کند و وارد عرصه حقوق شود و لباس حقوقی بر تن کند، مفهومی عینی می‌یابد. در این مقطع، ماهیت انصاف، ضمن حفظ محتوای خود به‌عنوان یک اصل کلی حقوقی، بستر تولید چندین قاعده انضمامی و واقعی می‌شود. دیوان بین‌المللی دادگستری در مقام انعکاس‌دهنده حقوق موردقبول ملل متمدن جهان، معتقد است که اصولی همچون پاکدستی، استاپل، یا این اصل که هر جا حق وجود دارد وسیله جبران نیز وجود دارد، و از جمله جلوه‌های عینی اصل انصاف است که در هر قضیه خاص قابل‌اعمال است و به کار حل و فصل موضوع می‌آید.

نمونه‌هایی از رویه دیوان دائمی و نیز دیوان بین‌المللی دادگستری در زمینه کارکرد اصل

اصل انصاف و ظرفیت قاعده‌سازی آن در رویه دیوان بین‌المللی دادگستری ❖ ۱۹

انصاف و ظرفیت‌های آن به‌عنوان یک اصل راهنما^{۲۹} و قواعد ناشی از آن را در بخش بعدی مطالعه می‌کنیم.

الف. حسن نیت، پاکدستی - (قضیه میوز)

قضیه‌ای که در سال ۱۹۳۷ نزد دیوان دائمی بین‌المللی دادگستری در خصوص انشعاب آب از رودخانه میوز مطرح شد، اغلب به‌عنوان مقطع مهم برای درک و تثبیت موقعیت انصاف در تاریخ رویه حقوقی بین‌المللی مورد استناد قرار می‌گیرد.^{۳۰} برای فهم برخی از ابعاد حقوقی انصاف، آنچنان‌که در رویه دیوان دائمی بحث شده است، جا دارد ابتدا خلاصه‌ای از این قضیه بیان شود. میوز، آبراهه بین‌المللی است که از کوه‌های شمال شرقی فرانسه سرچشمه می‌گیرد و از طریق بلژیک وارد هلند شده و با تشکیل دلتای مشترک با راین، به دریای شمال می‌ریزد. دو بخش این رودخانه، مرز بین بلژیک و هلند است. از آنجا که میوز، رودخانه فصلی است، با تغییرات فصول، حجم آب آن تغییر می‌کند. در اواسط قرن نوزدهم، تعارضات مختلف در توزیع آب رودخانه میان بلژیک و هلند پیش آمد. این اختلافات سبب شد که بلژیک در منطقه کامپای، کانال‌های آبیاری احداث کند که به کانال زویید - ویلمسوارت مرتبط می‌شد. این کانال از آب رودخانه میوز تغذیه می‌کرد و این کانال‌های جدید نیز آب را از همان رودخانه می‌گرفت.^{۳۱} ساخت کانال‌های جدید باعث ضرر به هلند در سه حوزه مشخص می‌شد: (۱) حجم زیاد آبی که لازم بود به‌طور مداوم کانال‌های جدید را تغذیه کند، بیش از حد موجود در کانال یادشده بود و مانع از نواوری رودخانه میوز می‌شد. (۲) ساخت کانال‌های جدید موجب کاهش سطح آب میوز و در نتیجه کاهش سهم میوز از صنعت ترابری می‌شد (۳) پروژه‌های آبیاری در منطقه کامپاین بلژیک، سبب جاری‌شدن سیل در بخش‌هایی از جنوب هلند می‌شد.

بلژیک و هلند، تلاش‌های زیادی انجام دادند که اختلافات را حل کنند تا اینکه بالاخره در سال ۱۸۶۳ معاهده‌ای بین دو کشور منعقد شد که رژیم حقوقی حاکم بر بهره‌برداری و استفاده از آب رود میوز توسط این دو دولت ساحلی را مشخص می‌کرد. اهمیت این معاهده در ماده نخست آن بود که ساخت یک منبع تغذیه کانال و مدخل آبیاری جدید را نزدیک شهر ماستریخت در سرزمین هلند پیش‌بینی کرده بود. این مدخل، منبع تغذیه کانال‌های واقع در پایین‌دست ماستریخت و آبیاری در

29. Maxim

30. McWhinney, E, "Equity in International Law", in Newman R.A., *Equity in the World's Legal System*, Brussels: Establishments Emile Bruylant, 1973, p. 581, Jenks, C.W., *The Prospects of International Adjudication*, Stevens. 1964, pp. 320-324, Janis, M., "Equity and International Law: The Comment in the Tentative Draft", *Tul. L. Rev.*, 57, 80. 1982, pp. 80-86.

31. Bouwman, N., "A New Regime for the Meuse", *Review of European, Community & International Environmental Law*, 5. 1996, p. 161.

کامپاین هلند بود. در راستای عملیات توسعه منطقه لیمبرگ^{۳۲} باید بعضی کانال‌ها تعریض می‌شد تا اینکه در سال ۱۹۲۵ دو کشور توافقنامه جدیدی امضا کردند که کلیه اختلافات مربوط به ساخت یا تعریض کانال‌های جدید را حل و فصل کنند، اما به نتیجه نرسید زیرا مجلس هلند از تصویب این معاهده سر باز زد. به دنبال آن، هلند، ساخت کانال جولینا را آغاز کرد و بلژیک، ساخت کانال آلبرت، سد مونسین و سد متحرک در منطقه نیرهارن^{۳۳} را شروع کرد.^{۳۴}

هلند به استناد بند ۲ ماده ۳۶ اساسنامه دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی (صلاحیت اجباری)، دعوایی را علیه بلژیک نزد این مرجع قضایی مطرح کرد و از دیوان خواست که اعلام کند ساخت کانال‌های جدید توسط بلژیک، مغایر با معاهده ۱۸۶۳ است. هلند ادعا می‌کرد که انتخاب و استقرار منبع تغذیه کانال در سرزمینش (ماستریخت) به هنگام امضای معاهده، حقوقی را برای هلند ایجاد کرده و لزوماً طرفین در جایگاه برابر حقوقی قرار ندارند. متقابلاً بلژیک مدعی بود که خواسته هلند بی‌اساس است و هلند به تعهدات خود عمل نکرده و سد بورگ هارن و کانال جولینا را برخلاف معاهده ۱۸۶۳ ساخته است.^{۳۵}

مطابق نظر دیوان، «این واقعیت که وجود منبع تغذیه‌کننده کانال در سرزمین هلند، به این کشور به‌عنوان حاکم بر این سرزمین، حق نظارتی را می‌دهد که بلژیک نمی‌تواند صاحب آن باشد، متقابلاً تعهدی را بر بلژیک تحمیل کند که از ساخت‌وساز کانال‌های فرعی منشعب از میوز در پایین‌دست ماستریخت یا در هر جای دیگر خودداری کند (اصل برابری طرفین و طرفینی بودن تعهدات).

در این قضیه، دیوان با اکثریت آراء، هم دعوای هلند علیه بلژیک را رد کرد و هم ادعای متقابل بلژیک را. به نظر دیوان، ادعای هلند مبنی بر اینکه هلند، حقوق خاصی برای کنترل رودخانه میوز تحصیل کرده و حقوق طرفین، تحت معاهده ۱۸۶۳ لزوماً برابر و متقابل نیست، برخلاف متن عهدنامه است.^{۳۶} به گفته دیوان، اگر - آنچنان‌که هلند ادعا می‌کند - هدف این معاهده این بوده که بین طرفین، نابرابری ایجاد کند، این امر باید به‌وضوح در متن معاهده تصریح می‌شد. در فقدان چنین مقرره‌ای، هر دو دولت باید به‌صورت برابر تلقی شوند و تعهدات آن‌ها متقابل است، چون معاهده «توافقی است که آزادانه میان دولت‌ها منعقد می‌شود و دولت‌ها به‌دنبال هم‌گرایی منافع عملی خود هستند و درعین‌حال به بهبود وضعیت موجود در اثر حل

32. Leemburg

33. Neerhaeren

34. Robb, C. A., *International Environmental Law Reports*, Cambridge University Press. 1999, p. 159.

35. *Diversion of Water from the River Meuse (Netherlands v. Belgium)*, PCIJ Series A/B, No.70; Series C, No.81 (1937).

36. *Ibid.* p. 163.

۲۱ ❖ اصل انصاف و ظرفیت قاعده‌سازی آن در رویه دیوان بین‌المللی دادگستری

اختلاف حقوقی ناشی از تعرض به حقوق متقابل خود نیز نظر دارند».^{۳۷} در مورد ادعای متقابل بلژیک نیز دیوان دائمی می‌گوید عهدنامه ۱۸۶۳ یک رژیم حقوقی برای رودخانه میوز وضع کرده و بلژیک آن را آزادانه پذیرفته است و عهدنامه مذکور، هلند را از تغییر در عمق و حجم آب رودخانه در منطقه ماستریخت یا ناویمایبی در قسمت مشترک رود که مورد اعتراض بلژیک است، ممنوع نکرده است.

هم‌گراور و هم‌راسی خاطرنشان کرده‌اند که گرچه دیوان برای رد ادعای هلند در مورد ایجاد نظام نابرابر تحت عهدنامه ۱۸۶۳ به خود عهدنامه استناد می‌کند، در واقع اصل «انصاف، از برابری بهره می‌برد» یا «برابری، انصاف است» را اعمال کرده و حسن‌نیت و پاک‌دستی را از آن استخراج نموده است.^{۳۸} در واقع دیوان می‌گوید برخلاف حسن‌نیت در انجام تعهد و اصل پاک‌دستی در دادخواهی نزد مرجع قضایی است که هلند به‌عنوان «کشوری که به‌طور مداوم تعهد خود را اجرا نمی‌کند، اجازه یابد که از اجرای تعهد توسط دولت دیگر (بلژیک) نفع ببرد».^{۳۹} اما نکته مهم در این پرونده، نظر انفرادی قاضی مانلی هودسون است. وی طی «نظریه موافق در نتیجه»^{۴۰} با نتیجه‌گیری دیوان در رأی صادره (رد دعوی اصلی و تقابل) موافق بود اما از راه دیگری استدلال می‌کرد و به همان نتیجه می‌رسید. این نظریه او که هم‌زمان با رأی دیوان به سال ۱۹۳۷ صادر شده، از این حیث که نقطه شروع روندی است که چگونه دیوان‌های بین‌المللی انصاف را در قضایای مربوط به رودخانه‌ها و اقیانوس‌ها به کار گرفته و می‌گیرند، اهمیت ویژه‌ای دارد.

قاضی هودسون در نظر جداگانه خود، نکته اصلی را در تبیین شرایط منصفانه با طرح یک سؤال تبیین می‌کند: در جایی که دو نفر، تعهد یکسان یا متقابلی داشته باشند، آیا طرفی که به‌صورت مداوم، تعهد خود را انجام نمی‌دهد حق دارد از اجرای تعهد توسط دیگری نفع ببرد؟ هودسون با استناد به یافته و الزامات که از عقلانیت اصول منصفانه به‌دست می‌آید و ریشه در نظام‌های حقوقی داخلی دارد، می‌گوید انصاف، چنین اجازه‌ای نمی‌دهد.^{۴۱}

همان‌طور که گفتیم، دیوان دائمی، ادعای هلند را مبنی‌بر اینکه معاهده مذکور، فقط برای هلند، حقوق خاصی ایجاد کرده و لزوماً طرفین را در جایگاه برابر حقوقی قرار نداده، نپذیرفت و

37. Diversion of Water from the River Meuse (*Netherlands v. Belgium*), PCIJ Series A/B, No.70; Series C, No.81 (1937), Judgment, p. 20.

38. Graver, C., "The Role of Equity in the Jurisprudence of the World Court", *University of Toronto Faculty of Law Review*, 37, 101-117., 1979, p. 103; Rossi, C. R., *Equity and International Law: A Legal Realist Approach to the International Decisionmaking*, Transnational Publishers New York, 1993, pp. 156-157.

39. Miller, R. A. & Bratspies, R. M, *Progress in International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, p. 456.

40. Separate concurring opinion

41. Rossi, C. R. *op. cit.*, p. 159.

نظر داد که از متن عهدنامه، چنین امری بر نمی‌آید و طرفین عهدنامه، تعهدات برابر و متقابل دارند. هودسون با این نتیجه‌گیری دیوان موافق است، اما این نتیجه را - نه با تکیه بر متن عهدنامه ۱۸۶۳ - بلکه با استناد به انصاف انتزاع می‌کند و در موافقت با دیوان می‌گوید: «یک اصل مهم در انصاف این است که طرفین معاهده از جایگاه برابر و تعهد متقابل برخوردار باشند و از این رو، طرفی که به صورت مداوم تعهدش را اجرا نمی‌کند، نباید اجازه یابد که از اجرای تعهد توسط طرف دیگر نفع ببرد ... این برابری، عین انصاف است و برهم‌زدن آن مجاز نیست ... دیوانی که متصدی اجرای حقوق بین‌الملل است، نباید از اجرای چنین اصلی که آشکارا منصفانه است، سر باز زند».^{۴۲}

وی درباره کارکرد انصاف می‌گوید دکترین کامن‌لا، حقوق روم و همچنین سابقه استناد به انصاف در تاریخ داورى نشان می‌دهد که «مدت طولانی است که اصول انصاف، بخشی از حقوق بین‌الملل است و کار آن، تعدیل و تلطیف قواعد خشک، جلوگیری از بی‌عدالتی در قضیه‌ای خاص و گریزگاهی برای عبور از موانع و حصارهایی است که در عمل و در تجربه ایجاد می‌شود».^{۴۳}

جالب اینکه قاضی آنزیلوتی در نظر مخالف که در این پرونده داده، فراتر رفته و می‌گوید: «این اصل که طرفی که نقض تعهد می‌کند، معمولاً حقیقت را به تقاضای اجرای تعهد توسط طرف دیگر از دست می‌دهد،^{۴۴} اصلی بسیار عادلانه، منصفانه و جهانی است که باید در روابط بین‌الملل اعمال شود و یکی از اصول به رسمیت شناخته شده توسط ملل متمدن است». همان طور که بعدها قاضی شوییل در قضیه نیکاراگوئه یادآوری کرد، این نظر آنزیلوتی هرگز به لحاظ قضایی مورد اختلاف قرار نگرفته و همچنان معتبر است.^{۴۵}

هودسون بین انصاف به عنوان یک اصل کلی حقوق و آنچه «نصفت و عقل سلیم»^{۴۶} نامیده می‌شود و مطابق اساسنامه دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی (و بعد دیوان بین‌المللی دادگستری) می‌تواند به عنوان قانون حاکم، مورد توافق طرفین قرار گیرد، تفکیک نموده است. این برداشت وی از اساسنامه دیوان دائمی، با کارهای مقدماتی و رویکرد ماده ۳۸ اساسنامه هماهنگ است. برابر این رویکرد، طبق ماده ۳۸ اساسنامه، دیوان اختیار دارد اصول انصاف را به عنوان بخشی از حقوق بین‌الملل که مأمور به اجرای آن است، ملحوظ و اجرا کند. یکی از نویسندگان هم در همین زمینه می‌نویسد:

42. *Ibid*, p. 76.

43. *Diversion of Water from the River Meuse (Netherlands v. Belgium)*, PCIJ Series A/B, No.70; Series C, No.81 (1937), Separate Opinion of Justice Manley Hudson, p. 103.

44. *In adimplenti non est adimplendum*

45. *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Jurisdiction and Admissibility, ICJ Reports 1986, p. 392-394.

46. *Ex aequo et bono*

اصل انصاف و ظرفیت قاعده‌سازی آن در رویه دیوان بین‌المللی دادگستری ❖ ۲۳

«آنچه به‌طور گسترده به‌عنوان اصول انصاف شناخته می‌شود، دیرزمانی است که بخشی از حقوق بین‌الملل است و اغلب توسط دیوان‌های بین‌المللی اعمال و اجرا شده است. گرچه در اساسنامه دیوان، صراحتی بر مجوز استفاده از انصاف به‌عنوان یک منبع مستقل از حقوق، وجود ندارد، ماده ۳۸ اساسنامه دیوان، صریحاً سخن از اعمال اصول کلی حقوق به‌رسمیت شناخته‌شده توسط ملل متمدن می‌گوید و این، تأکیدی بر این واقعیت است که اصول انصاف در بیش از یک ملت، جایگاه ثابتی در نظام حقوقی یافته است. به‌رحال، شناسایی انصاف توسط دیوان به‌عنوان بخشی از حقوق بین‌الملل، با اختیار خاص که ممکن است طرفین به دیوان بدهند مبنی بر اینکه دیوان مطابق اصول «نصفت و عقل سلیم» رسیدگی و تصمیم بگیرد، محدود نمی‌شود».^{۴۷}

دیوان می‌تواند به اعتبار قدرت و اختیاری که برای تشخیص موضوع و صدور حکم دارد، در کنار قانون به انصاف هم مراجعه کند، لکن قاضی مانلی هودسون توجه داشته که این، با اجرای انصاف به‌عنوان یک اصل کلی متفاوت است. از این‌رو، برای توجیه اجرای انصاف توسط دیوان در مقام اجرای حقوق بین‌الملل، آن را در قلمرو منابع حقوق بین‌الملل که در ماده ۳۸ اساسنامه آمده، قرار داده و می‌گوید دیوان می‌تواند به استناد ماده ۳۸ اساسنامه (و نه بیرون از این ماده) به اصول انصاف به‌عنوان بخشی از حقوق بین‌الملل، مراجعه و آن را اجرا نماید.^{۴۸}

به‌رحال در قضاوت هودسون، اصل کلی قابل مقایسه با این اصل در کامن‌لا، خیلی مشهور است: «هرکسی انصاف می‌خواهد، باید با پاکدستی بیاید». جایگاه پاکدستی هنگام دادخواهی نزد مرجع قضایی به‌عنوان ضرورت حاصل از انصاف، در رویه دیوان بین‌المللی دادگستری مانند قضیه کارخانه خورزو و قضیه نیکاراگوئه نیز تکرار شده و مورد پذیرش قطعی دیوان قرار گرفته است.^{۴۹}

شباته روزن ضمن تجزیه و تحلیل آرای بعدی دیوان که در آن‌ها انصاف نقش مهمی ایفا نموده، خاطر نشان می‌سازد: «در همه این قضایا، انصاف نه در مخالفت قانون (عهده‌نامه) بلکه برای اعمال قانون در اوضاع و احوال خاص مورد استفاده قرار گرفته است». قاضی هودسون هم قبول دارد که دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی نباید قانون (معاهده مرتبط) را نادیده بینگارد، اما هنگامی که قانون برای حصول تصمیم کافی نیست، دیوان باید قادر باشد که به یک منبع اضافی یعنی اصول منصفانه که توسط ملل متمدن به‌رسمیت شناخته شده، توجه و استناد کند.^{۵۰}

هودسون در نظر جداگانه خود در قضیه میوز در واقع همین کار را کرده است.

به‌رحال، دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی در قضیه میوز، برابری تعهدات طرفین معاهده

47. Ralston, J. H. & Unidos, E., "The Law and Procedure of International Tribunals", Stanford University Press, 1927, pp. 53-57.

48. Manely Hudson, *The Permanent Court of International Justice*, 1920-1942, p. 543.

۴۹. ن.ک: بند (ج) زیر.

50. Miller, R. A. & Bratspies, R. M. 2008. *op. cit.*, pp. 459.

را با استناد به مفاد خود عهدنامه ۱۸۶۳ اتخاذ و استدلال می‌کند، درحالی‌که هودسون از ظرفیت قاعده‌سازی اصل انصاف (برابری تعهدات طرفین معاهده) استفاده نموده و سپس قاعده حسن‌نیت و پاکدستی در دادخواهی را از آن انتزاع و در قضیه خاص مطروحه اعمال می‌کند، چون به نظر او برای حصول نتیجه حقوقی مبتنی بر اصول منصفانه (برابری میان طرفین و حسن‌نیت در انجام تعهد) استناد به خود معاهده میوز به‌تنهایی کفایت نمی‌کند.

گرچه نظر هودسون در قضیه میوز، نظر انفرادی یکی از قضات دیوان است و بخشی از رأی دیوان نیست، باز هم شایسته تأمل جدی است زیرا روشن است که اگر نظرات انفرادی قضات، صریحاً و به‌طور مداوم در آرای بعدی دیوان رد نشود، برای درک درست قلمرو بخش مهمی از قوانین و معاهدات، همچنان قابل استفاده است و اهمیت دارد. حقوق‌دانان برجسته نیز برای حمایت و تقویت دیدگاه خود درباره اصول کلی حقوق، کراراً به نظرات مخالف و منفرد قضات اشاره می‌کنند.

ب. هر جا حقی وجود دارد، باید وسیله جبرانی وجود داشته باشد (قضیه *بارسلونا تراکشن*)

قضیه شرکت با مسئولیت محدود *بارسلونا - تراکشن* در سال ۱۹۷۰ راجع به اختلافی بود که میان بلژیک و اسپانیا رخ داده بود. این قضیه برای بررسی حاضر، از این حیث قابل توجه است که دیوان، یک اصل منصفانه مهم را با نام «هر جا حقی وجود دارد، وسیله جبران خسارت هم وجود دارد»^{۵۱} در رأی خود استنتاج و تبیین کرده است. در این قضیه، بلژیک، در مقام عنوان حمایت سیاسی (قضایی) از ادعاهای سهام‌داران بلژیکی شرکت *بارسلونا تراکشن*، علیه اسپانیا در دیوان بین‌المللی دادگستری طرح دعوا کرد. این شرکت طبق قوانین کانادا تشکیل شده بود ولی ۸۸ درصد از سهام آن متعلق به سهام‌داران بلژیکی بود. یکی از دادگاه‌های اسپانیا در سال ۱۹۴۸ این شرکت را ورشکسته اعلام کرد و در همین زمان مقامات اسپانیا اقدامات زیان‌باری علیه شرکت اتخاذ کردند. بلژیک به‌عنوان دولت متبوع سهام‌داران، ادعاهای ایشان را تصدی و استدلال کرد که ضررهای وارده به شرکت در واقع ضررهایی است که نهایتاً به سهام‌داران بلژیکی وارد آمده است و انصاف اقتضا می‌کند که خسارات سهام‌داران جبران شود. اسپانیا اعتراض کرده و می‌گفت بلژیک فاقد سمت و حق طرح دعوا است زیرا ضررهای مورد ادعا، به خود شرکت به‌عنوان شخصیت حقوقی مستقل کانادایی وارد آمده و نه به سهام‌داران آن.

دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه *بارسلونا تراکشن*، ضوابطی برای تابعیت شرکت‌ها از لحاظ حمایت سیاسی از دعاوی آنان وضع کرده و این قاعده سنتی را تأیید کرده است که تابعیت

51. *Ubi ius, ubi remedium*

اصل انصاف و ظرفیت قاعده‌سازی آن در رویه دیوان بین‌المللی دادگستری ❖ ۲۵

شرکت، همان تابعیت کشور محل تشکیل و کشور محل ثبت دفتر آن است. به همین لحاظ به نظر دیوان، تنها دولت کانادا (کشور محل ثبت شرکت *بارسلونا تراکشن*) حق اقامه دعوا دارد و بلژیک، فاقد پیش‌شرط لازم (تابعیت) برای حمایت سیاسی (قضایی) از ادعای سهام‌داران و طرح دعوا نزد دیوان است.

قضیه *بارسلونا - تراکشن* از نظر حقوق بین‌المللی مهم است، چرا که نشان می‌دهد حمایت دیپلماتیک ممکن است علاوه بر اشخاص حقیقی به نفع اشخاص حقوقی نیز انجام شود؛ چیزی که قبل از این حکم، محل اختلاف بود. در این قضیه، دیوان با استفاده ظریف از آموزه منصفانه «هر جا حقی وجود دارد وسیله جبران خسارت وجود دارد»، در واقع از اصل کلی انصاف، یک قاعده انتزاع کرده و در همان قضیه خاص اعمال کرده است.

این بیان «جسورانه» توسط دیوان، اتفاق نسبتاً نادر در رویه قضایی این نهاد قضایی بین‌المللی محسوب می‌شود. دیوان معمولاً میلی به آوردن مبانی قضایی جدید ندارد و اگر بتواند، تصمیمش را به‌طور مضیق به موضوعات بسیار مشخص که در پرونده مطرح است، محدود می‌کند.^{۵۲} چنین موضعی، همان چیزی است که محافظه‌کاری یا اصل خویشتن‌داری قضایی شناخته می‌شود.

شایان توجه است که قبل از دیوان بین‌المللی دادگستری، در دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی، قضیه کارخانه خورزو مطرح شده بود و زمینه روشن‌بینی و فراخ‌نگری را برای قضات دیوان فراهم آورده بود. در قضیه کارخانه خورزو، دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی از اصل منصفانه «هر زمان حقی وجود دارد، وسیله جبران هم وجود دارد» استقبال و آن را تأیید کرده بود. دیوان بر این عقیده بود که «تخطی از اعمال کنوانسیون، فی‌نفسه موجب مسئولیت به پرداخت غرامت است و هیچ ضرورتی ندارد که اصل جبران خسارت در خود کنوانسیون هم بیان شود ... این مفهوم کلی حقوق است که هر نقض تعهدی، تعهد به جبران خسارت را هم در بر می‌گیرد».^{۵۳} این نظر دیوان دائمی، در واقع بیان دیگری از الزامات طبیعت حقوق است که سازوکار جبران خسارت و مسئولیت غرامت را در بطن خود دارد و ذاتی آن می‌داند، ولو اینکه هیچ طریقی جبرانی خاص در قرارداد مقرر نشده باشد.

این قضیه تا حدودی به رأی مشورتی دیوان دادگستری بین‌المللی در سال ۱۹۴۹ نیز بسط یافت. در این قضیه، دیوان، سکوت مفاد منشور سازمان ملل را در مورد پیامدهای شخصیت حقوقی ارگان سازمان ملل، به‌گونه‌ای تفسیر کرد که با منافع کلی عدالت هم‌راستا باشد، و نسبت

52. Rossi, C. R., *op. cit.*, pp.173-174.

53. Case Concerning the Factory at Chorzów (*Germany v. Poland*), PCIJ Series A, No. 9 (1927) p. 29.

به رابطه عدالت و انصاف و حقوق بین‌الملل، رویکردی غایت‌گرایانه اتخاذ کرد.^{۵۴} در پرونده رأی مشورتی ۱۹۴۹، دیوان در واقع استحقاق به جبران خسارت را لازمه انصاف دانست و مفروض گرفت و اصطلاحات منشور و دیگر اسناد بین‌المللی را در پرتو همین یافته خود و طوری تفسیر کرد که از نتیجه ناموجهی که به نحو دیگری به دست خواهد آمد، جلوگیری شود. ممکن است قضیه *بارسلونا-تراکشن* آن گونه که در وهله اول به نظر می‌رسد کاملاً پیشگام نباشد، بلکه در ادامه رویه‌های قبلی دیوان دائمی و دیوان بین‌المللی دادگستری است اما هر دو قضیه بالا نمونه‌هایی از قرائت انصاف در خلأ قانونی یا در مرز تضاد قانونی ارائه می‌دهد و ظرفیت این اصل کلی حقوق برای تولید قاعده را نشان می‌دهد.

قضیه *بارسلونا - تراکشن* به همان اندازه که از جهت روشن کردن مبانی و شرایط حمایت سیاسی اهمیت دارد، به خاطر تحکیم و تکرار مبانی بنیادی دیگر نیز اهمیت دارد. بلژیک استدلال می‌کرد درست است که حمایت سیاسی از شرکت تابع کشور متبوع شرکت (کشور محل ثبت) است، اما دلایل و موازین قوی انصاف و عدالت حکم می‌کند که سهام‌داران شرکت هم بدون جبران خسارت نمانند.^{۵۵} دیوان بین‌المللی دادگستری این نظر را رد نکرد بلکه به دو دلیل آن را قابل اعمال در این پرونده خاص ندانست. اولاً، «اعتبار این نظریه هرچه باشد، به‌طور یقین در قضیه فعلی قابل اعمال نیست زیرا اسپانیا دولت متبوع شرکت *بارسلونا-تراکشن* نیست». ثانیاً، «به دلیل اختیاری بودن حمایت سیاسی، ملاحظات انصاف بیش از این اقتضا نمی‌کند که فقط یک دولت حامی بتواند طرح دعوا کند، خواه به‌موجب قاعده کلی که در بالا ذکر شد، همان دولت متبوع شرکت باشد یا در سطحی نازل و ثانوی، دولت متبوع سهام‌داران نیازمند حمایت».^{۵۶}

دیوان به ملاحظات مصلحت‌اندیشانه نیز توجه نموده و معتقد است که اجازه حمایت سیاسی به کشور متبوع سهام‌داران، در را به روی رقابت دولت‌های متبوع سهام‌داران در حمایت سیاسی از آن‌ها باز خواهد کرد و جو نامنی در روابط اقتصادی بین‌المللی ایجاد می‌کند. این واقعیت که دیوان بین‌المللی دادگستری، تمایلی به گسترش حق حمایت دیپلماتیک به کشور متبوع سهام‌داران نشان نداد، از قضا در راستای جایگاه انصاف در نظام‌های حقوقی داخلی است. انصاف به‌دنبال عدالت است و ضرر عدم رعایت ضوابط، بیشتر از حُسن کار است. اجازه حمایت دیپلماتیک به کشور متبوع سهام‌داران به بهانه ضرورت جبران خسارت در پرتو انصاف، «در را به روی هرج‌ومرج حقوقی باز خواهد کرد».^{۵۷} نباید مرز انصاف و قانون در هم بریزد.

54. Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations (Advisory Opinion) ICJ Reports 1949 p. 174.

55. Rodelf Dolzer, L, "Diplomatic Protection", *Encyclopedia of International Law*, vol. 10, p.322.

56. Barcelona Traction, Light and Power Co. Ltd. (*Belgium v. Spain*) ICJ Reports 1970, p. 48.

57. Rosenne, S. & Wasilkowski, A., *Supra note 24*. In Bloed & Van Dijk (Eds), Forty Years of the International Court of Justice (Europa-Instituut), 1988, p. 102.

اصل انصاف و ظرفیت قاعده‌سازی آن در رویه دیوان بین‌المللی دادگستری ❖ ۲۷

در نظام‌های حقوقی داخلی، قلمرو انصاف تا جایی است که با یک قاعده حقوقی مسلم که وضعیت‌های منظم و قابل پیش‌بینی را در حوزه معینی تضمین می‌کند، برخورد نماید، یعنی اصل کلی «انصاف از حقوق پیروی می‌کند».^{۵۸} در سطح بین‌الملل هم دیوان بین‌المللی، نظم و ثبات بین‌المللی را به‌عنوان ارزش مهم در تضمین همبستگی مجموعه حقوق بین‌الملل و مهار بی‌نظمی حقوقی لحاظ می‌کند. چنین رویکردی، هرچند برای بلژیک در این قضیه متقاعدکننده نیست، به‌رحال رویکرد معقول و منصفانه است. رأی دیوان در موضوع *بارسلونا- تراکشن*، هم یک نمونه اولیه از اجرای اصل منصفانه است، و هم ظرفیت و قلمرو آن را نشان می‌دهد: برای هر تخلفی باید وسیله جبران خسارتی در حیطة حقوق بین‌الملل وجود داشته باشد.

ج. استاپل (قضیه پره ویهار و سایر قضایا)

قاعده *استاپل* بر اصل انصاف و همچنین حسن‌نیت استوار است.^{۵۹} برابر این قاعده، هرگاه شخصی با لفظ یا فعل خود، سبب شود که دیگری وجود اوضاع و احوال معینی را باور کند و مطابق آن به ضرر خود عمل نماید، آن شخص، مأخوذ به لفظ یا فعل خود است و از انکار آن ممنوع خواهد بود. برای مثال، دولتی که ادعایی را در خصوص مغایرت اقدامات دولت دیگر با حقوق بین‌الملل مطرح سازد، چنانچه قبلاً همین اقدامات را مجاز اعلام کرده باشد یا در گذشته خودش آن‌ها را انجام داده باشد، مأخوذ به موضع قبلی خود است و نمی‌تواند از مواضع و رفتار خود، به زیان دیگری بگریزد.

تاریخچه قاعده *استاپل* در دیوان‌های بین‌المللی، از سال ۱۸۵۴ میلادی آغاز شد. در این سال برای نخستین بار در کمیسیون مختلط حل‌وفصل اختلافات که بر اساس معاهده انگلیس - آمریکا تشکیل شده بود، نماینده آمریکا به *استاپل* به‌عنوان یک قاعده حقوقی استناد کرد. بعد از آن، بارها دیوان‌ها و داوران بین‌المللی به این قاعده استناد کردند و آرای بی‌شماری بر اساس آن صادر شد.

کاربرد *استاپل* در حقوق بین‌الملل به‌قدری وسیع است که بسیاری از نویسندگان حقوق بین‌الملل از آن به‌عنوان «اصل مشترک مورد پذیرش ملل متمدن» و در حد یکی از منابع مستقل حقوق بین‌الملل یاد کرده‌اند. اما برخی دیگر از حقوق‌دانان بر این باورند که کاربرد *استاپل* در حقوق بین‌الملل، مبنای عرفی دارد و مصداق عرف و بند ۱ (ب) ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری و از جمله منابع حقوق بین‌الملل به‌شمار می‌آید.

58. *Aequitas sequitur lege*

۵۹. چنان‌که اشاره شد (ص ۶)، گاه قاعده و اصل به‌جای یکدیگر استفاده می‌شود. علاوه‌بر این در مورد بعضی قواعد که ریشه در دکتترین داشته یا دارد، گاه همین تعبیر به‌کار می‌رود مانند دکتترین *استاپل*، دکتترین خرق حجاب شرکت و امثال آن.

استاپیل برگرفته از انصاف است و برای پیشبرد اهداف عدالت و انجام آنچه در روابط بین دولت‌ها مطلوب است، به کار گرفته می‌شود. رد این اقتضا نیز غیرمنصفانه جلوه می‌کند. از این رو در کاربرد این اصل، توجه اصلی باید به اقتضای انصاف در رابطه متقابل میان طرفین معطوف شود و رد این اقتضا، غیرمنصفانه باشد.^{۶۰}

هنگامی که دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی تشکیل شد، حقوق‌دانان برجسته بر این باور بودند که *استاپیل* هنوز توجه چندانی در گفتمان حقوقی بین‌المللی برنیا نگرفته است.^{۶۱} اما این ادعا نیز وجود داشت که اصل اساسی *استاپیل*، نه تنها از طریق سابقه یا پیشینه، بلکه تحت نام‌های مختلف و از طریق رفتار و عمل، در کلیه نظام‌های حقوق خصوصی به رسمیت شناخته شده است و غفلت از اصول کلی اساسی *استاپیل* در روابط میان دولت‌ها کار آسانی نبود.^{۶۲} از دهه پنجاه میلادی در قرن بیستم روشن شد که دکتین *استاپیل* در حقوق بین‌الملل، پایدار و مستقر است؛ بدین معنی که دولت باید در نگرش و برخورد با وضعیت‌های واقعی و حقوقی، رفتار پیوسته و یک‌دست داشته باشد. مک‌گیبون در همین خصوص یادآوری می‌کند: «چنین تقاضایی ریشه در نیاز مداوم به حداقل ثبات و تا حدودی قابلیت پیش‌بینی در الگوی رفتاری دولت دارد».^{۶۳}

برخی اشارات اولیه به این اصل در قضیه کارخانه خورزو صورت گرفت. در این قضیه دیوان دائمی گفت: «عموماً در رویه قضایی داوری بین‌المللی و نیز دادگاه‌های داخلی، این اصل پذیرفته شده که هیچ دولتی نمی‌تواند از این واقعیت که طرف دیگر، تعهدات خود را اجرا نکرده است یا ابزار جبران توسل نداشته است، سود ببرد درحالی که خود آن دولت با اقدام غیرقانونی، مانع اجرای تعهد طرف مقابل شد یا مانع از دسترسی او به دادگاهی شد که برای او فراهم بود».^{۶۴} در واقع دیوان می‌گوید دولت، مأخوذ به رفتار و اقدام غیرقانونی خود است. در همین رأی اشاره شده اگر یک دولت از نصب و معرفی داور خودداری کند، همین دولت نمی‌تواند بعداً شکایت و دادخواهی کند که مرجع رسیدگی‌کننده به دلیل نبود داور انتخابی او، منصفانه نبود. به عبارت دیگر، به خاطر رضایت ضمنی خودش به چنین وضعیتی، دادخواهی او متوقف می‌شود.

در قضیه وام‌های صربستان - برزیل نیز دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی با تأیید اصل *استاپیل* بر این عقیده بود که با توجه به وقایع این قضیه، دلایل کافی برای استناد به *استاپیل* وجود نداشته است، چرا که دارندگان اوراق قرضه، اظهارنظر یا رفتاری روشن و خالی از ابهام ارائه

60. Franck, T. M. & Sughrue, D. M., "International Role of Equity-As-Fairness", *The. Geo. Lj*, 81, 563. 1992, pp. 566-567.

61. Macgibbon, I., "Estoppel in International Law", *Int'l & Comp. LQ*, 7, 1958, p. 468.

62. Lauterpacht, H. 1927. *op. cit*, pp. 204-205.

63. Macgibbon, I. 1958. *op. cit*, pp. 469-471.

64. Case Concerning the Factory at Chorzów (*Germany v. Poland*), PCIJ Series A, No. 9 (1927) p. 31. This Passage Was Also Quoted in the Pleadings of the Interpretation of the Peace Treaties Case before The ICJ. See Also Macgibbon, I. 1958. *Supra note* 372, p. 480.

اصل انصاف و ظرفیت قاعده‌سازی آن در رویه دیوان بین‌المللی دادگستری ❖ ۲۹

ندادند که دولت بدهکار بتواند به آن استناد کند. افزون بر این، مدارک و شواهدی نیز دال بر تغییر موضع از سوی دولت بدهکار ارائه نشده بود.^{۶۵} بنابراین، دیوان به این نظر رسید که یکی از الزامات/استاپل، ورود لطمه به حقوق استنادکننده است اما در این پرونده، این امر اثبات نشده و بنابراین، مبنای لازم برای اعمال/استاپل در این قضیه وجود ندارد.^{۶۶}

در قضیه گرینلند شرقی نیز دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی استدلال مشابهی کرد.^{۶۷} در این قضیه نروژ مدعی بود موضع دولت دانمارک در دفاع از حاکمیت خود بر سرزمین گرینلند تا آنجا که به وضعیت دولت‌های ثالث طی سال‌های ۱۹۱۵ تا ۱۹۲۱ مربوط می‌شود، کاملاً با وضعیت حاکمیت در آن زمان مغایرت داشت، و در نتیجه ادعای دانمارک در مورد حاکمیت طولانی بر تمامیت ایسلند منتفی است.^{۶۸} لیکن به نظر دیوان، احراز وجود چنین اوضاع و احوالی، مبنای کافی برای رد ادعای دولت دانمارک به دست نمی‌دهد.^{۶۹} به علاوه دیوان با اشاره به چندین معاهده بین‌المللی الزام‌آور در خصوص تصرفات سرزمینی دانمارک، تأکید کرد که «نروژ مجدداً اذعان داشته که کل گرینلند متعلق به دانمارک است و بدین‌سان، خود را نسبت به اعتراض راجع به حاکمیت دانمارک محروم کرده است و مأخوذ به همان موضع قبلی خود است».^{۷۰} دیوان تصریح کرد که دلیل فهم حاصله در اعلامیه تاریخی مورخ ۲۲ ژوئیه ۱۹۱۹ وزیر امور خارجه نروژ، نیلز کلاوس/ایهلن،^{۷۱} نروژ تعهد دارد که به حاکمیت دانمارک بر گرینلند در کل معترض نشود.^{۷۲} این رأی توسط نویسندگان حقوقی بین‌المللی به‌عنوان دلیلی بر اینکه دولت‌ها باید به رفتار و بیان و قول‌شان در مقابل کشور دیگر پایبند بمانند، مورد استناد قرار گرفته است.^{۷۳}

به‌هرحال بیان رسمی دولت باید داوطلبانه باشد و در صورت اکراه یا تقلب، ادعای/استاپل مسموع نیست زیرا خلاف حسن‌نیت است.^{۷۴}

معبد پره ویهار^{۷۵} در بالای صخره‌ای واقع است و در دو طرف مرز تایلند و کامبوج قرار دارد.

65. Case Concerning the Payment of Various Serbian Loans Issued in France (*France v. Serb-Croat-Slovene State*), PCIJ Series A, Nos. 20-21 (1929), pp. 38-39.

66. *Ibid.*, p. 5.

67. Case Concerning the Payment of Various Serbian Loans Issued in France (*France v. Serb-Croat-Slovene State*), PCIJ Series A, Nos. 20-21 (1929) pp. 38-39.

68. *Ibid.*, p. 5.

69. Legal Status of Eastern Greenland (*Denmark v. Norway*) PCIJ Series A/B No.53 (1933).

70. *Ibid.*, p. 45.

71. *Nils claus ihlen*

72. Cheng, B., 1987, *op. cit.*, p. 198.

73. Fitzmaurice, M. & Elias, O. A., *Contemporary Issues in the Law of Treaties*, Eleven International Pub., 2005, p. 13.

74. Bowett, D. W., "Estoppel before International Tribunals and Its Relation to Acquiescence", *Brit. Yb Int'l L.*, 33, 176. 1957, p. 176.

75. پره ویهار در زبان تایلندی به معنای معبد و حرم مقدس است که بر فراز صخره قرار دارد.

در زمان‌های مختلف، این معبد، گاهی جزو کامبوج و گاه جزو خاک تایلند بوده است ... در سال ۱۹۰۴ پادشاهی سیام (بعدها تایلند) و فرانسه که امور خارجی هند و چین را در اختیار داشت و کامبوج تحت‌الحمایه آن بود، کمیسیون مشترکی تشکیل دادند تا مرزهای دو طرف را مشخص کند. دو طرف به کمیسیون تکلیف کردند تا در منطقه معبد پره ویهار، خط چند شاخه‌شدن آب رودخانه را ملاک ترسیم مرز قرار دهد که در این صورت، معبد تماماً در داخل خاک تایلند قرار می‌گرفت. این کمیسیون در سال ۱۹۰۷ نقشه موقعیت مرزی را تهیه کرد. این نقشه نشان می‌داد که رودخانه در نقطه چندشاخگی دچار انحراف مسیر شده به طوری که معبد کاملاً در داخل خاک کامبوج قرار گرفته است و خط مرزی از شمال آن می‌گذرد. نقشه مذکور، همان موقع به دولت سیام (بعدها تایلند) هم تسلیم شده بود.

تایلند از این وضعیت ناراضی بود. در سال ۱۹۵۴ فرانسه از کامبوج خارج شد و نیروهای تایلند، معبد را اشغال کردند. کامبوج اعتراض کرد و این امر، تنش‌های سیاسی را در هر دو کشور دامن زد. روابط حسنه، رو به تیرگی نهاد و هر دو طرف، یکدیگر را تهدید به اقدام نظامی کردند. بالاخره در سال ۱۹۵۹ کامبوج به دیوان بین‌المللی دادگستری مراجعه و علیه تایلند طرح دعوا کرد. کامبوج مدعی بود که نقشه‌ای که نشان می‌دهد معبد در خاک کامبوج است، کماکان اعتبار دارد و درخواست کرد دیوان به مسئله حاکمیت کامبوج بر معبد و نواحی اطراف، رسیدگی و اعلام کند که نقشه تحدید حدود سرزمینی که معبد در آن قرار داشت (معروف به نقشه پیوست ۱ معاهده ۱۹۰۴) الزام‌آور است، کامبوج بر منطقه معبد حاکمیت دارد و تایلند مکلف است نیروهای نظامی، پلیس و سایر نگهبانان را از معبد و اطراف آن خارج کند و اموالی را که از معبد یا اطراف آن بیرون برده و برداشته، بازگرداند.

تایلند در مقام دفاع، اصرار داشت که نقشه و جاهت قانونی ندارد چرا که سند رسمی حاصل کار کمیسیون نبوده بلکه توسط افسران فرانسوی - و نه خود کمیسیون - و بر اساس توپوگرافی جغرافیایی تهیه شده و از دستور کار کمیسیون که نقطه چندشاخه‌شدن آب را مبنای تعیین مرز قرار داده بود، تخطی کرده است و در صورت رعایت این مبنای معبد در خاک تایلند واقع می‌شد. تایلند اظهار می‌داشت درست است که نقشه به سیام هم تسلیم شده اما مقامات سیام در آن موقع متوجه اشتباه موجود در نقشه نشدند. به‌علاوه اینکه تایلند هم به این نقشه اعتراض نکرده، بدین دلیل است که تایلند بر معبد، تسلط کامل داشته و سرانجام اینکه متوجه اشتباه بودن نقشه نشده است.

در ۱۵ ژوئن ۱۹۶۲ دیوان اعلام کرد که خط چندشاخگی آب، هیچ ربطی به وضعیت مرز در حوزه معبد ندارد بلکه ملاک کار، همان معاهده مرزی بین فرانسه و سیام است. دیوان نظر داد که معبد به کامبوج تعلق دارد و تایلند باید اشیاء باستانی را که از معبد خارج کرده به معبد بازگرداند. در قضیه معبد پره ویهار، دیوان بین‌المللی دادگستری در واقع قاعده/استاپیل و رضایت ضمنی

۳۱ ❖ اصل انصاف و ظرفیت قاعده‌سازی آن در رویه دیوان بین‌المللی دادگستری

را اعمال کرده است. در این پرونده، دیوان دعوای کامبوج را پذیرفت و ادعاها و مدافعات تایلند را رد کرد. به عقیده دیوان، نقشه مورد بحث به مقامات سیام تحویل شده بود اما مسئله اشتباه در نقشه را مطرح نکردند. تایلند هم پنجاه سال در مقابل مرزها در نقشه سال ۱۹۰۷ سکوت کرده و هیچ اعتراضی نکرده است. همین رفتار و سکوت، حاکی از رضایت ضمنی آن کشور در مورد تحدید حدود مندرج در آن نقشه است. به علاوه، پرنس دامرونک، نماینده خانواده سلطنتی سیام (تایلند) با برافراشتن پرچم فرانسه (کامبوج مستعمره فرانسه بود) از معبد بازدید کرده و او هیچ‌گاه اعتراضی نکرده است. دیوان بر نکته دیگری هم تأکید می‌کند و می‌گوید تایلند از سایر نقاط مرز، منافعی به دست آورده است و اکنون نمی‌تواند موضع خود را عوض کند. از نظر دیوان، طرح ادعای مرزی، آن هم پس از ۵۰ سال پذیرش نقشه منطقه پره ویهار، ناروا است و بنابراین تایلند از این ادعا که کامبوج حق حاکمیت بر معبد پره ویهار را به‌عنوان بخشی از سرزمین تحت حاکمیتش ندارد، ممنوع است.^{۷۶}

دیوان بین‌المللی دادگستری در این رأی، صریحاً به اصل استایل اشاره نمی‌کند اما از قاعده دیگری سخن می‌گوید که در واقع بیان دیگری و چهره دیگری از استایل است: «سکوت، درحالی‌که شخص قادر به اعتراض است، به منزله رضایت است».^{۷۷} به نظر دیوان، این ادعا که اشتباه در نقشه رخ داده و در شرایطی که تایلند می‌توانسته اعتراض کند اما نکرده، نمی‌تواند رضایت او را منتفی کند. این نشان می‌دهد که در نظر دیوان، اصول اساسی استایل به‌عنوان توسعه اصل حسن‌نیت، در ساختار حقوق بین‌الملل، ریشه عمیقی دارد. به‌هرحال، قاعده استایل در این معنی، مبتنی بر اصل کلی انصاف است که در رویه دیوان دائمی و دیوان بین‌المللی بازخوانی و بازتولید شده است.

د. غلبه ماهیت بر شکل - انعطاف منصفانه (قضیه نیکاراگوئه)

قضیه مربوط به فعالیت‌های نظامی و شبه‌نظامی در نیکاراگوئه به سال ۱۹۸۶ یکی دیگر از نمونه‌هایی است که می‌توان ظرفیت‌های اصول منصفانه را نشان داد. در این قضیه، دیوان بین‌المللی دادگستری اعلام کرد که ایالات متحده آمریکا با حمایت از شورش چریک‌های کنترا علیه دولت نیکاراگوئه، حقوق بین‌الملل را نقض کرده است. دیوان در حکم صادره می‌گوید ایالات متحده، اصول حقوق بین‌الملل عرفی درباره «عدم استفاده از زور علیه دولت دیگر»، «منع مداخله در امور دیگری»، «منع نقض حاکمیت» و «منع مداخله در تجارت دریایی صلح‌آمیز» را نقض کرده و نیز از تعهدات خود مطابق ماده ۱۹ معاهده دوستی، بازرگانی و کشتی‌رانی منعقد شده میان

76. Case Concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand.) ICJ Reports 1962, p. 38.

77. Qui tacet consentire videtur si loqui debuisset ac potuisset

طرفین در ماناگوآ به تاریخ ۲۱ ژانویه ۱۹۵۶ تخلف کرده است.^{۷۸}

در این پرونده، آمریکا ایرادات متعددی در مقابل دعوی نیکاراگوئه مطرح کرد. از جمله اینکه دیوان، صلاحیت رسیدگی به دعوا را ندارد زیرا نیکاراگوئه هیچ‌گاه صلاحیت اجباری موضوع ماده ۳۶(۲) اساسنامه دیوان را نپذیرفته است. نیکاراگوئه با وجود چندین درخواست جامعه ملل، هرگز رسماً فرآیند تصویب اساسنامه دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی را تکمیل نکرد و حتی در یک قضیه مشهور، پادشاه اسپانیا جهت انکار صلاحیت دیوان دائمی، به همین نکته استناد کرده بود.^{۷۹} در نظر مخالف پنج قاضی دیوان، این رویکرد به نحو آشکاری غیرمنطقی بود چرا که نیکاراگوئه از یک سو به عدم طی شرایط لازم و رسمی در پذیرش صلاحیت دیوان استناد می‌کرد و از سوی دیگر در صدد بود تا پیوستن خود به همان شرایط را بعداً مطرح و از آن استفاده کند. اما اکثریت دیوان بر این عقیده بودند که با توجه به بند ۵ ماده ۳۶ اساسنامه دیوان، اعلامیه‌های صادره در زمان دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی، هنوز لازم‌الاجرا است و دعوی نیکاراگوئه، شرایط قید اختیاری صلاحیت اجباری دیوان را برمی‌آورد.^{۸۰}

اساس این تصمیم صلاحیتی دیوان، در اصل انصاف است و از این حیث، گام بزرگی در تاریخ فعالیت این نهاد به‌شمار می‌رود. در واقع دیوان، نقص شکلی در امر صلاحیت را به کمک اصل مهم‌تر انصاف، نادیده می‌گیرد. گرچه می‌توان گفت که در واقع نیکاراگوئه اراده خود مبنی بر لازم‌الاجرا شدن پروتکل اختیاری را به‌سادگی با طرح دعوا نزد دیوان اعلام کرد، اما اگر آنچه را که انصاف «محض» نام دارد - یعنی استدلال بر اساس آنچه عادلانه است، بدون لحاظ چارچوب قانونی آن - کنار بگذاریم، فهم مبنای چشم‌پوشی دیوان از شرایط شکلی فرایند دادرسی بسیار دشوار است.^{۸۱} به سخن دیگر، این تصمیم دیوان در پرتو نوعی تسامح مبتنی بر انصاف قابل درک است.

دیوان البته صریحاً نمی‌گوید که برای توجیه این تصمیم خود، به کدام اصل حقوقی توسل می‌جوید، اما برای کشف اصولی که اعمال شده، باید به‌جای متن، به جوهره حقوقی حکم نگاه کنیم چرا که عبارت‌پردازی متن رأی، سرنخی به‌دست نمی‌دهد که استدلال دیوان در این زمینه چه بوده است. آنچه به اجمال می‌توان از لابلای تصمیم دیوان به دست آورد این است که انصاف اقتضا می‌کند که صرف نقص شکلی و فنی نباید به بلااثر کردن رضایت دولت نیکاراگوئه به قید اختیاری

78. Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (*The Republic of Nicaragua v. The United States of America*), Judgment (1984), ICJ Reports 1986, p. 392.

79. Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (*The Republic of Nicaragua v. The United States of America*) Diss. op. of Judge Oda, ICJ Reports 1986, p. 472-489.

80. Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (*The Republic of Nicaragua v. The United States of America*) Judgment, ICJ Reports 1986, p. 392-404.

81. Rossi, C. R., *op. cit.*, p. 187.

۳۳ ❖ اصل انصاف و ظرفیت قاعده‌سازی آن در رویه دیوان بین‌المللی دادگستری

صلاحیت اجباری مطابق بند ۱ و ۵ ماده ۳۶ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری بینجامد. استدلال دیوان، متکی به اصل انصاف است، چرا که انصاف، بیشتر به ماهیت قضیه معطوف می‌شود تا به شکل. انصاف از شکل‌گرایی گریزان است و مانع از این می‌شود که کسی به بهانه پاره‌ای نواقص شکلی بتواند تخلف خود را توجیه کند. بنابراین، توافقاتی که طرفین به‌طور صحیح انجام دهند هرچند فاقد برخی شرایط شکلی باشد، در شرایط خاصی قابل اجرا است. این اصل در اوایل قرن شانزدهم در دادگاه‌های انگلستان و در برخی آرای مشهور، مورد استفاده واقع شده است.^{۸۲} قلمرو این اصل، کاملاً مشخص نیست و قطعاً از قضیه‌ای به قضیه دیگر متفاوت خواهد بود. اما همان‌طور که هیلاری دیلانی خاطرنشان ساخته است، انصاف در پی زدودن تشریفات حقوقی ضروری نیست بلکه رعایت تشریفات غیرضروری را لازم نمی‌داند.^{۸۳} بین این دو بیان، تفاوت‌های ظریفی نهفته است.

چنین اصلی به‌صورتی که بیان شد، شاید یک اصل منحصربه‌فرد است که به همراه دکترین منع سوءاستفاده از حق، در هر نظام حقوقی وجود دارد و می‌توان آن را به‌عنوان اصل کلی حقوق، نزد ملل متمدن محسوب کرد. توسل به نقص شکلی توسط طرف متخلف (خواننده)، در برخی مراجع رسیدگی‌کننده به‌عنوان سوءاستفاده از حق تلقی می‌شود. ماهیت امر، نباید زندانی شکل دادخواهی شود. تصمیم صلاحیتی دیوان در قضیه نیکاراگوئه مبتنی بر اصل اولویت ماهیت بر شکل، شاید انعکاس دکترین منع سوءاستفاده از حق باشد. نظر خود دیوان بین‌المللی دادگستری در کنار تحلیل فوق این است که «دیوان نمی‌تواند استناد نیکاراگوئه به قید اختیاری صلاحیت اجباری را در هر صورت، مغایر با حسن‌نیت یا انصاف تلقی کند».^{۸۴} این قضیه به‌نوبه خود، شاهدی بر استدلال کسانی است که معتقدند انصاف، نقشی سایه‌وار اما مهم در حقوق بین‌الملل ایفا می‌کند. یعنی همه‌جا سایه به سایه قانون حرکت می‌کند.

اگر قضات به‌سادگی و به میل خویش، قانون را کنار بگذارند، بسیار خطرناک و دور از ذهن است. پس می‌توان پرسید چرا دیوان بین‌المللی دادگستری این گام بزرگ را برداشت؟ شاید ملاحظیات فراقانونی و غلبه احساسات عمومی در مقابل مداخله آمریکا در نیکاراگوئه، دیوان را به این سو هدایت کرد که نتیجه بگیرد که رد دعوی نیکاراگوئه به دلیل نقص شکلی و فنی، واقعاً ناعادلانه است. این، چیزی جز رجوع به الزامات و ظرفیت‌های انصاف در تفسیر قاعده صلاحیت نیست.

82. *Horn v. Keteltas*. 1871. 46 N.Y., p. 605; *Rochester Savings Bank v. Stoeltzen & Tapper*, 1941.176 Misc. p. 140.

83. Delany, H., *Equity and the Law of Trusts in Ireland*, Dublin, Thomsom Roundhal, 2003, p. 34.

84. Case Concerning Military & Paramilitary Activities in & against Nicaragua (Jurisdiction) (1984) ICJ Reports 1984, p. 415.

استفاده از ظرفیت‌های انصاف در قاعده‌سازی یا تفسیر، در رویه‌های سایر مراجع بین‌المللی نیز مورد بحث و استناد قرار گرفته است. مثلاً در قضیه کشتی‌داران نروژی، دیوان رسیدگی‌کننده در مورد مفهوم «قانون و انصاف» به‌عنوان قانون حاکم بر دعوا گفته است: «اکثریت حقوق‌دانان بین‌المللی توافق دارند که این کلمات باید به معنی اصول عمومی عدالت تعبیر شود و نه معنی نظام خاصی از رویه قضایی یا حقوق داخلی کشوری خاص».^{۸۵} همچنین تعریف انصاف به همراه حقوق بین‌الملل را می‌توان در تصمیم کمیسیون مختلط دعوی انگلیس و مکزیک یافت. بنا بر نظر این کمیسیون، «راهنمای مطمئن‌تری که برای رسیدگی به دعوا، عموماً از آن تبعیت می‌شود، حقوق بین‌الملل است. ولی هرگاه در قضیه‌ای خاص، که فرض آن هم آسان نیست، احیاناً قواعد حقوق بین‌الملل با عدالت تقابل یابد یا به دوری از عدالت بینجامد، یا آن را نادیده انگارد یا اساساً کافی یا قابل اعمال نباشد، باید به اصول اساسی عدالت و انصاف توسل جست و آن اصول را نسبت به دعوای مطروحه اعمال کرد».^{۸۶}

به‌علاوه در رویه مرکز بین‌المللی حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری (ایکسید) نیز کمیته رسیدگی به درخواست ابطال حکم داور در قضیه آموکو - اندونزی اعلام داشت: «اصول منصفانه، بخشی از حقوق است که باید مرجع رسیدگی‌کننده اعمال کند، خواه حقوق اندونزی یا حقوق بین‌الملل باشد».^{۸۷}

چهره‌های دیگری از قواعد مبتنی بر اصل انصاف را می‌توان در تقویم غرامت و در رویه داورهای راجع به پرداخت غرامت مانند قضیه شرکت لیامکو علیه لیبی (۱۹۷۷) و امین/ویل علیه کویت (۱۹۸۲) مشاهده کرد.^{۸۸}

هـ. انصاف، اصول کلی و حقوق بشر

حوزه حقوق بشر، اگرچه آشکارا در پرتو اصول کلی حقوق، تبیین و توجیه می‌شود، از حیث هنجاری منابع حقوق بشر، بسیار فراتر از اصول کلی است. اسناد حقوق بین‌الملل بشر، چارچوب مهمی برای تثبیت جایگاه فرد در حقوق بین‌الملل فراهم می‌کند، به همین جهت امروزه فرد و حقوق او، در مواردی از پشتوانه قواعد عرفی نیز برخوردار شده است. در سطح داخلی کشورها، حق‌های انسانی معمولاً در قوانین اساسی یا از طریق سایر اسناد اساسی لازم‌الاجرا حمایت

85. *Norway v. US* (Norwegian Shipowners Claims), Review of International Awards, p. 331. For more recent cases, see also *Tunisia v. Arab Jamahiria* (Continental Shelf Case), ICJ Reports, 1982, p. 60.

86. Conrsirat Counster & Eiesman, Repertory of International Arbitration Jurisprudence, vol. 1, p. 397

87. *Amco Asia Corporation and Others v. Republic of Indonesia*, ICSID Case No. ARB/81/1, Ad hoc Committee Decision on the Application for Annulment of May 16, 1986, 25 ILM 1439, para. 26.

۸۸. محبی، محسن؛ مباحثی از حقوق نفت و گاز، چاپ سوم، شهر دانش، ۱۳۹۳، ص ۸۲.

اصل انصاف و ظرفیت قاعده‌سازی آن در رویه دیوان بین‌المللی دادگستری ❖ ۳۵

می‌شوند. بنابراین حمایت از چنین حقوقی، عُرْف معتبر محسوب شده و در عرصه بین‌الملل، روزبه‌روز تقویت می‌شود. با این احوال، دیوان بین‌المللی دادگستری، بنا به دلایلی، در این خصوص با احتیاط و تا حدودی تردید اظهار نظر کرده است.

قضیه اصلی مطرح در دیوان که توجه محققین را به خود جلب کرده، کانال کورفو است.^{۸۹} این قضیه که انگلستان علیه آلبانی مطرح کرد به خسارات وارده به کشتی‌های جنگی بریتانیا مربوط می‌شود که در کانال تحت کنترل آلبانی (کورفو) به مین برخورد کردند. بریتانیا کار مین‌روبی را در این آب‌ها انجام می‌داد و کشتی‌هایش به مین برخورد کرد و از آلبانی خسارت مطالبه نمود. قرار شد اختلافات طرفین به شورای امنیت سازمان ملل ارجاع شود اما نتیجه‌ای حاصل نشد و دولت بریتانیا در دیوان علیه آلبانی طرح دعوا کرد. این قضیه اولین قضیه‌ای بود که دیوان بین‌المللی دادگستری به آن رسیدگی می‌کرد و در دسامبر ۱۹۴۹ دیوان، غرامتی معادل مبلغ ۸۴۳،۹۴۷ پوند را به نفع انگلستان رأی داد.

از نظر دیوان، دولت آلبانی باید کلیه اقدامات را در خاک خود، با توجه و مراقبت کافی انجام می‌داد چرا که میدان مین، مستقیماً با خط ساحلی این کشور نزدیکی داشت و بر این اساس، موظف بود خطر اصابت مین‌ها را به انگلستان اطلاع می‌داد اما در انجام این وظیفه، کوتاهی کرد. طبق نظر دیوان، چنین وظیفه‌ای، از جمله اصول اولیه انسانی است که حتی پیش از زمان صلح، در زمان جنگ هم برقرار خواهد بود.^{۹۰} اساس مبنایی این اصول ابتدایی مشخص نیست و خود دیوان، اساس حقوقی این تعهد دولت‌ها را تصریح نمی‌کند. اما می‌توان آن‌ها را با ارجاع به اصول منصفانه در حقوق بین‌الملل توجیه کرد. چنین توضیحی می‌تواند هم اساس مناسبی برای حداقل استانداردهای بین‌المللی حمایت از افراد مطابق حقوق بین‌الملل فراهم کند و هم حقوق مسئولیت دولت را تکمیل نماید.

اشاره و استناد به «اصول اولیه انسانی» توسط دیوان بین‌المللی دادگستری در این قضیه، یک نقطه‌عطف محسوب می‌شود چرا که نشان داد اصول کلی حقوق به‌عنوان جزئی از حقوق بشر فهمیده می‌شود. البته چنان‌که اشاره شد، دیوان، دامنه اصول حقوقی مشخصی را که حق‌های بشری بر آن مبتنی است، شرح نداده است. آشکار است که در طیف گسترده‌ای از نظام‌های حقوقی، اصول اساسی عدالت، کرامت انسان، حقوق بنیادین بشر و نیز اصول همراه با بخش دادرسی عادلانه و یک بخش معین از مجموعه حقوق بشر پذیرفته شده است که جملگی ناشی از اصول حقوق نانوشته، هنجارها یا ارزش‌های حقوق اساسی است.

البته موضوع اصول اولیه انسانی، در قضیه آفریقای جنوب غربی در سال ۱۹۶۶ توجه بیشتری

89. Corfu Channel Case (*United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. People's Republic of Albania*) (Merits), ICJ Reports 1949, p. 1.

90. *Ibid*, p. 22.

برانگیخت و ابعاد پیچیده‌ای یافت. اتیوپی و لیبیا در ۱۹۶۰ دعوایی را علیه آفریقای جنوبی نزد دیوان اقامه و ادعا کردند که آفریقای جنوبی در اجرای وظایفش به‌عنوان قیّم اجرای دستورالعمل‌های جامعه ملل درمورد آفریقای جنوب غربی، مسئولیت دارد. دیوان بین‌المللی دادگستری در این پرونده تصمیم گرفت که دو کشور آفریقایی موردنظر، صلاحیت طرح چنین دعوایی را نزد دیوان ندارند.

اتیوپی و لیبیا برای تقویت ادعایشان، به اصل «اصول اولیه انسانی» که در قضیه کانال کورفو مورد استناد دیوان قرار گرفته بود، اشاره کردند. دیوان در استدلال خود برای تصمیم درمورد دعوا علیه آفریقای جنوبی اعلام داشت، «اصول بشردوستانه به‌خودی‌خود برای تولید حق‌ها و تکالیف حقوقی کفایت نمی‌کند».^{۹۱} موضع‌گیری دیوان در قضیه مذکور، به‌طور کلی با آنچه در قضیه کانال کورفو گفته بود، متناقض جلوه می‌کند چرا که در رأی مربوط به کانال کورفو در میان دلایل مسلم حقوقی، دیوان به «اصول اولیه انسانی» استناد کرده بود و آن را مبنای وظیفه آلبانی دانسته بود. دیوان گفته بود که برابر اصول مزبور، آلبانی وظیفه داشته به کشتی‌های بریتانیایی که به مخاطره نزدیک می‌شدند، اخطار کند و به‌خاطر عدم انجام همین وظیفه (ترک‌فعل) حتی آلبانی را محکوم کرده بود.

باور به عدم کفایت چنین اصولی در تولید حق‌ها و تکالیف، بنا به نظر برخی از استادان حقوق بین‌الملل پذیرفتنی نیست. در قضیه آفریقای جنوب غربی نیز قاضی *تاناکا* و *جسپ* با تأکید بر قواعد حقوق بشر، اصول کلی حقوق و حتی قواعد آمره و حقوق طبیعی، مخالفت‌های تند و تیز و گسترده‌ای با نظر اکثریت ابراز داشتند.^{۹۲}

نتیجه

اصول حقوق بین‌الملل، هنگامی که در پرتو انصاف دیده شود، معنا و مفهوم روشن‌تری پیدا می‌کند که ثمره آن، نمود برجسته‌تر عقلانیت و غایت‌گرایی آرمان‌خواهانه و تسهیل تحقق عدالت است. در حقوق بین‌الملل، قواعد مشخصی در فرآیندهای تفسیری شکل گرفته و امروزه به‌عنوان قواعد شناخته‌شده حقوق بین‌الملل در دعاوی مختلف اعمال می‌شود، مانند پاکدستی، حسن‌نیت و استاپل و هر جا حقی وجود دارد وسیله جبران هم هست. این قواعد با بهره‌گیری از ظرفیت‌های مفهومی انصاف در رویه قضایی بین‌المللی تبیین و تثبیت شده است. تجزیه و تحلیل رویه دیوان دائمی و دیوان بین‌المللی دادگستری، نشان از آمادگی دیوان بین‌المللی جهت تخصیص حوزه‌ای وسیع از حقوق بین‌الملل به مبحث انصاف دارد و به‌ویژه نشان می‌دهد که انصاف، مفهومی با

91. South-West Africa (*Liberia & Ethiopia v. Republic of South Africa*), ICJ Reports 1966, p. 34.

92. South-West Africa (*Liberia & Ethiopia v. Republic of South Africa*), Diss. op. of Judge Tanaka, See, ICJ Reports 1966, p. 276.

۳۷ ❖ اصل انصاف و ظرفیت قاعده‌سازی آن در رویه دیوان بین‌المللی دادگستری

ظرفیت‌های حقوقی و برای قاعده‌سازی در درون حقوق بین‌الملل عمومی است. چهره‌های انصاف، حق و عدالت در حقوق بین‌الملل، ظهور و بروز روزافزون پیدا کرده است.^{۹۳} انصاف، اصل کلی حقوقی است که مطابق ماده ۳۸ اساسنامه دیوان، به‌عنوان بخشی از حوزه بین‌الملل، قابل اجرا و اعمال است. منظور از ظرفیت‌های اصل انصاف برای قاعده‌سازی، استناد و مراجعه به انصاف در همین مفهوم است. در همین راستا است که دیوان بین‌المللی دادگستری و سایر مراجع بین‌المللی در دعاوی مختلف به اصل انصاف استناد کرده‌اند و در راستای ارتقای حقوق بین‌الملل به‌عنوان نظام حقوقی متوازن و منسجم برای تنظیم روابط دولت‌ها و هم‌زمان، تعالی و پیشرفت جامعه بشری از آن استفاده کرده‌اند. تحلیل مفهومی انصاف و شناسایی الزامات آن، به‌ویژه پویایی ذاتی آن برای قاعده‌پردازی، در تفسیر و تحول حقوق بین‌الملل نیز نقش مهمی ایفا می‌کند.

باید دید در پرتو تحولات جدید حقوق بین‌الملل، به‌ویژه اقبال آن به جایگاه عدالت و بشریت برای فرد انسانی، در کنار دولت‌های صاحب حاکمیت، چه بهره‌برداری دیگری از آن می‌توان کرد.

93. Rosenne, S. & Wasilkowski, A., *op. cit.*, p. 204.

منابع:

- فارسی

- بولانژه، ژان؛ «اصول کلی حقوق و حقوق موضوعه»، ترجمه: علی‌رضا محمدزاده وادقانی، نشریه حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ش ۳۶، ۱۳۷۶.
- کیلیار، کلودآلبر؛ *نهادهای روابط بین‌الملل*، ترجمه و تحقیق: هدایت‌الله فلسفی، نشر نو، تهران، ۱۳۶۸.
- فلسفی، هدایت‌الله؛ «روش‌های شناخت منطقی حقوق بین‌الملل: تفسیر و اجرای مقررات حقوق بین‌الملل»، *مجله تحقیقات حقوقی*، ش ۱۲-۱۱، ۷۲-۱۳۷۱.
- محبی، محسن؛ «دیوان داوری دعاوی ایران - ایالات متحده آمریکا: ماهیت، ساختار، عملکرد»، ترجمه: حبیبی محمد، چاپ دوم، شهر دانش، ۱۳۹۰.

- انگلیسی

- Books and Articles

- Bassiouni, M. C. "Functional Approach to General Principles of International Law", *A. Mich. J. Int'l L.*, 11, 768. 1989.
- Bowett, D. W., "Estoppel before International Tribunals and Its Relation to Acquiescence", *Brit. Yb Int'l L.*, 33, 176. 1957.
- Bouwman, N., "A New Regime for the Meuse", *Review of European, Community & International Environmental Law*, 5. 1996.
- Chan, P. C., "Acquiescence/Estoppel in International Boundaries: Temple of Preah Vihear Revisited", *Chinese Journal of International Law*, 3, 421-439, 2004.
- Delany, H., *Equity and the Law of Trusts in Ireland*, Dublin, Thomsom Roundhal, 2003.
- De Visscher, C. *Theory and Reality in Public International Law*, Princeton University Press. 1957.
- Fitzmaurice S.G., *The General Principles of International Law Considered from Standpoint of the Rule of Law*, Hague Academy, vol II, 1957.
- Franck, T. M. & Sughrue, D. M., "International Role of Equity-As-Fairness", *The. Geo. Lj*, 81, 563. 1992.
- Friedman, W., "Uses of General Principles in the Development of International Law", *The. Am. J. Int'l L.*, 57, 279, 1963.
- Graver, C., "The Role of Equity in the Jurisprudence of the World Court", *University of Toronto Faculty of Law Review*, 37, 101-117., 1979.
- Harris D.J., *Cases and Materials on International Law*, London Sweet

and Maxwell Limited, Sixth Edition, 2004.

- Janis, M. "Equity and International Law: The Comment in the Tentative Draft", *Tul. L. Rev.*, 57, 80. 1982.
- Jenks, C.W. *The Prospects of International Adjudication*, Stevens. 1964,
- Kolb, R., "Principles as Sources of International Law (with Special Reference to Good Faith)". *Netherlands International Law Review*, 53, 1-36, 2006.
- Macgibbon, I., "Estoppel in International Law", *Int'l & Comp. Lq.*, 7, 1958.
- Mcwhinney, E., "Equity in International Law", in Newman R.A, *Equity in the World's Legal System*, Brussels: Establishments Emile Bruylant, 1973.
- Miller, R. A. & Bratspies, R. M, *Progress in International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 2008.
- Mosler, H. "General Principles of Law", Rudolf L. Bindschedler *et al. Consolidated Ed. Encyclopedia of Public International Law*. Amsterdam, 511. 1995.
- Newman, R. A., *Equity and Law: A Comparative Study*, Oceana Publications, 1961
- Panezi, M., "Sources of Law in Transition Re-Visiting General Principles Of International Law", *Ancilla Iuris*, 2. 2007
- Ralston, J. H. & Unidos, E., *The Law and Procedure of International Tribunals*, Stanford University Press, 1927
- Robb, C. A., *International Environmental Law Reports*, Cambridge University Press. 1999.
- Rosenne, S. & Wasilkowski, A., in Bloed & Van Dijk (Eds), *Forty Years of the International Court of Justice* (Europa-Instituut (1988).
- Rosenne, S. & Wasilkowski, A., "The Position of the International Court of Justice on the Foundations of the Principle of Equity in International Law", in: A Bloed & P. van Dijk (eds.), *Forty Years of the International Court of Justice Saarbruecken*: Europa-Instituut, 1988.
- Rossi, C. R., *Equity and International Law: A Legal Realist Approach to the International Decision-Making*, Transnational Publishers New York, 1993.
- Schlesinger R.B., "Research on the General Principles of Law Recognized by Civilized Nations", *The American Journal of International Law*, vol 51, no 4, 1957.
- Schwarzenegger, G., "Equity in International Law", *Yearbook of World Affairs*, 1972.
- White, M., "Equity-A General Principle of Law Recognised by Civilised Nations", *Queensland U. Tech. L. & Just. J.*, 4, 103. 2004.

- Judicial Awards

- *Amco Asia Corporation and Others v. Republic of Indonesia*, ICSID Case No. ARB/81/1, Ad hoc Committee Decision on the Application for Annulment of May 16, 1986, 25 ILM 1439
- *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Jurisdiction and Admissibility, ICJ Reports 1986.
- *Diversion of Water from the River Meuse (Netherlands v. Belgium)*, PCIJ Series A/B, No.70; Series C, No.81 (1937), Separate Opinion of Justice Manley Hudson.
- *Case Concerning the Factory at Chorzów (Germany v. Poland)*, PCIJ Series A, No. 9 (1927).
- *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations (Advisory Opinion)* ICJ Reports, 1949.
- *Barcelona Traction, Light and Power Co. Ltd. (Belgium v. Spain)* ICJ Reports, 1970.
- *Case Concerning the Payment of Various Serbian Loans Issued in France (France v. Serb-Croat-Slovene State)*, PCIJ Series A, Nos. 20-21 (1929).
- *Advisory Opinion on the Eastern Commission of the Danube between Galatz and Braila*, PCIJ, Series B, No. 14 (1927).
- *Case Concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand.)* ICJ Reports, 1962.
- *Case Concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand.)* Diss. Op. Judge Wellington Koo, ICJ Reports, 1962.
- *Case Concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)* Judgment, ICJ Reports, 1962.
- *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (The Republic of Nicaragua v. The United States of America)*, Judgment (1984) ICJ Reports, 1986.
- *Case Concerning Military & Paramilitary Activities in & against Nicaragua (Jurisdiction)*(1984) ICJ Reports, 1984.
- *Corfu Channel Case (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. People's Republic of Albania)* (Merits), ICJ Reports 1949.
- *South-West Africa (Liberia & Ethiopia v. Republic of South Africa)*, p.34, ICJ Reports, 1966.
- *South-West Africa (Liberia & Ethiopia v. Republic of South Africa)*, Diss. Op. of Judge Tanaka, ICJ Reports 1966.