

بازاندیشی رابطه انصاف و حقوق

اعظم امینی*

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۴/۸/۲۵ - تاریخ پذیرش ۱۳۹۵/۴/۲۱)

چکیده

انصاف از جمله مفاهیمی است که در همه فرهنگ‌ها و در عرصه دانش‌های مختلف به‌ویژه اخلاق و حقوق از دیرباز مطرح بوده است. تبیین مفهوم انصاف از منظر نظام‌های حقوقی و اندیشمندان مکاتب مختلف، عناصر مشترکی را عرضه می‌دارند تا بتوان ضمن حفظ پویایی مفهوم انصاف و کارکردهای متنوع آن در عرصه حقوق، هسته اصلی و محوری انصاف را به‌طور دقیق‌تر شناسایی کرد و کارکردهای متناسب با ظرفیت انصاف در جهت تحقق جامعه انسانی‌تر را مورد توجه نظری و عملی قرار داد. تحول معنایی انصاف از گذشته‌های بسیار دور تاریخ بشری تا عصر حاضر، بررسی مفهوم انصاف در حقوق اسلامی، معرفی برجسته‌ترین مطالعات حقوق‌دانان در سطح جهان راجع به انصاف و ارزیابی نظراتی که در تأیید یا رد به‌کارگیری انصاف در حقوق مطرح شده است، از جمله محورهای اصلی مقاله حاضر است. بر اساس محورهای مذکور، نتایج علمی مشخصی در حیطه بازشناسی رابطه انصاف و حقوق ارائه شده است.

کلیدواژگان: انصاف، نظام‌های حقوقی، کارکردهای انصاف، انصاف و عدالت، انصاف و قانون

مقدمه

در بسیاری از رویدادهای اجتماعی یا احکام دادگاه‌ها شنیده می‌شود که برخی آن را عین بی‌انصافی می‌دانند و برخی نیز از منصفانه بودن آنچه به دست آورده‌اند ابراز خرسندی می‌کنند. مردم به‌طور عمده در پاسخ به اینکه «انصاف چیست»؟ جملاتی مبهم و غیرروشن و گاه متضاد از انصاف ارائه می‌کنند؛ گویا اگر معلوم شود انصاف چه چیزی نیست آن‌گاه معلوم می‌شود که انصاف چیست! این رویکرد بر مبنای شناخت اشیاء از طریق اضداد آن‌هاست. در این زمینه دیدگاه‌های متنوعی مطرح شده است:

با مطالعه مکاتب مختلف حقوقی گفته شده که اصول زیرساخت انصاف در تمامی مکاتب، آشکارا با یکدیگر مشابه است زیرا از طبیعت انسان‌ها سرچشمه می‌گیرد. انصاف، نه از قانون منبعث می‌شود و نه با آن تعریف می‌شود. فکر و تصور فاقد نماد بیرونی از مفهوم انصاف نمی‌تواند بر آن مفهوم پایدار بماند و متأسفانه انصاف، دچار چنین دشواری است. (see.e.g. Newman, R. A. 1964). برخی نیز قانون و انصاف را مترادف یا لازم و ملزوم یکدیگر می‌دانند. گروهی نیز انصاف و قانون طبیعی را مترادف هم می‌دانند. تعدد معانی ذکر شده در مورد انصاف، (see.e.g. Newman, R. A. 1961) خود بیانگر وجود نوعی سرگشتگی و عدم قطعیت این مفهوم نزد بسیاری از پژوهشگران است.

گروهی از حقوق‌دانان، معنای انصاف را فاقد صراحت و شفافیت لازم می‌دانند و معتقدند که انصاف را فقط می‌توان با مثال‌هایی توضیح داد لیکن نمی‌توان آن را به‌طور روشن بیان کرد. (see.e.g. Newman, R. A. 1964). از این نظر، ابهام نه فقط در ارتباط بین قانون و انصاف موج می‌زند، بلکه علاوه بر آن، انصاف، خود نیز حامل عدم قطعیت و ابهام است چرا که امکان فهم و درکی کلی را فراهم می‌کند اما صراحت لازم مفهومی ندارد. (see.e.g. Newman, R. A. 1961). دیدگاهی دیگر، به بهانه‌هایی همچون امکان سوءاستفاده گروهی از مجرمان، مفیدبودن نتایج کارکرد انصاف را در حوزه حقوق و قضا مبهم ارزیابی می‌کند. دیدگاه‌هایی نیز برکردن فضای خلأ قانونی را به انصاف موکول کرده‌اند و در کنار آن، گروهی نیز معتقدند انصاف نمی‌تواند همچون قانون، مورد استناد واقع شود زیرا هنگام وضع قانون، خود باید بخشی از آن به شمار آید و استنباط مجدد از آن در قضاوت، امری بی‌دلیل است. گروهی انصاف را قانون نرم نامیده‌اند که با نشستن در کنار قانون سخت، از شدت و سختی عقوبت مجرمان می‌کاهد و در اصل، نیرویی خارج از قانون است که دادگاه را به‌جای تأکید بر قوانین و اصول، به سمت و سوی عدالت سوق می‌دهد. این دیدگاه، نزدیک به فلاسفه یونان باستان است. دیدگاهی دیگر، انصاف و

سرچشمه‌های اخلاقی را بخشی از قانون می‌داند که برگرفته از دیدگاه حقوقی بازمانده از بنی اسرائیل است. (See. e.g. Newman, R. A. 1961). همچنین گروهی نیز معتقدند اگر انصاف در کار نباشد، عدالت نیز راه به جایی نخواهد برد. (See. e.g. Newman, R. A. 1964).

تمامی این دیدگاه‌های متنوع در خصوص انصاف، از پیچیدگی و ابهام در تعریف و مشخصات آن حکایت دارد. به همین جهت، شاختر یکی از حقوق‌دانان برجسته بین‌المللی گفته است: «هیچ مفهومی در حقوق، بیشتر از مفهوم انصاف در برابر تعریف دقیق، مقاومت نمی‌کند». (Schachter, O. 1982 p.55). ویراماتری نیز به نقل از یک محقق در تعریف انصاف بیان می‌کند که «انصاف، مسئله پیچیده‌ی پر رمز و راز درون یک معماست». (Weeramantry, C. G. 2004 p 247).

با وجود این پیچیدگی در بیان انصاف، باید به این واقعیت اذعان کرد که انصاف، عدالت را برای حقوق به ارمغان آورد. ورتلی^۱ معتقد است: «تصور نظمی حقوقی که انصاف را به رسمیت نشناسد، سخت است. چنین نظمی ممکن است در جامعه ایستا تا حدی کارایی داشته باشد... اما در جامعه پویا و متغیر، تصور قانونی که توسط انصاف تعدیل نشود، امکان‌پذیر نیست». (Brown, B. F. 1967 p 390 به نقل از میرعباسی و باقرزاده، ۱۳۸۹: ۳۲۶).

بنابراین، معنای انصاف، پیچیده و مبهم است. برای فهم بهتر انصاف، پویایی انصاف در سیر زمان و مکان و چگونگی درک انصاف در میان اندیشمندان مختلف گذشته و حال و نیز نظام‌های حقوقی داخلی بررسی خواهد شد. در ادامه پس از بیان معمای پر رمز و راز انصاف، نحوه به کارگیری انصاف از منظر اندیشمندان حقوقی و نظرات مخالفان و موافقان به کارگیری انصاف، تشریح خواهد شد.

ماده ۲۲۰ قانون مدنی ایران، ترجمه ماده ۱۱۳۵ قانون مدنی فرانسه است.^۲ جالب توجه است که در ماده ۱۱۳۵ متعاملین، علاوه بر آنچه در عقد بر آن تصریح شده است، به رعایت عرف و عادت و قانون، و همچنین، «انصاف» نیز ملزم شده‌اند اما کلمه «انصاف» در ماده ۲۲۰ قانون مدنی ایران نیامده است.

۱. مطالعه اجمالی انصاف و رابطه آن با حقوق در سیر زمان و مکان

بررسی پویایی انصاف در سیر زمان

مفهوم انصاف، خود را در جلوه‌های متنوع در سراسر دوره‌های مختلف تاریخی آشکار

1. Wortley

۲. ماده ۲۲۰: عقود نه فقط متعاملین را به اجرای چیزی که در آن تصریح شده است ملزم می‌نماید، بلکه متعاملین به کلیه نتایجی هم که به موجب عرف و عادت یا به موجب قانون از عقد حاصل می‌شود ملزم می‌باشند. در این زمینه ن. ک: جعفری لنگرودی، محمد جعفر. (۱۳۸۷). مجموعه محشی قانون مدنی، چاپ سوم، تهران: گنج دانش، ص ۱۹۰.

کرده است. عنصر زمانی یا تاریخی، ارتباط خاصی در نوع تلقی از مفهوم انصاف دارد. چنانچه مطالعه تاریخی، که بررسی تحول یک مفهوم را در بستر زمان مدنظر دارد، غنی شدن تدریجی مفهوم را اثبات می‌کند، درمورد انصاف، چیزی بیشتر از این اتفاق می‌افتد و یک رویکرد ضروری و روش‌شناختی به تاریخ را مطرح می‌سازد. طبقه‌بندی مراحل مختلف در تحول تاریخی مفهوم حقوقی خاصی مثل انصاف، مشکل است.

انصاف، مفهوم حقوقی قدیمی و آشناست و در تاریخ بسیاری از جوامع وجود دارد. انصاف در میان یونانیان به معنی بخشندگی و مروت^۱ و نزد رومیان، معادل برابری^۲ است. در حقوق چین، انصاف به معنی شفقت و در فلسفه هندو به درستی^۳ معروف است. در یهودیت، به الوهیم^۴ عدالت و رحمت^۵ که هر دو نام خداست اشاره می‌شود. برخی از محققین اسلامی که آثاری به زبان انگلیسی در زمینه انصاف ارائه کرده‌اند بر این باورند که انصاف در حقوق اسلامی تحت عنوان استحسان شناخته می‌شود. (see.e.g, Kamali, M. H. 2005). به نظر نگارنده، به کارگیری این عبارت به جای انصاف، محل بحث است چرا که در بررسی منابع فقهی مشخص شد که واژه انصاف در حقوق اسلامی جایگاه مفهومی ویژه خود را دارد و عنوان استحسان، این معنا را نمی‌رساند. در قسمت بعد در نظام حقوق اسلامی بیشتر به این موضوع پرداخته می‌شود.

در یونان، به‌ویژه در آثار ارسطو، برای انصاف، اصطلاح *epieikeia* به کار رفته است. در نوشته‌های افلاطون، موضوع انصاف، به نقص در قوانین و در هنر سیاست مربوط می‌شود. از نظر او بهترین حاکم، شاه قدرتمند و عاقلی است که در اصل، اقتدارش فوق همه قوانین است. هر استثنایی به دلیل انصاف باید ضعف تلقی شود. لیکن بی‌تردید، تعریف نهایی و پذیرفته‌شده *epieikeia* به افلاطون تعلق ندارد، بلکه بیشتر با این شکل به ارسطو برمی‌گردد. برخلاف افلاطون، انصاف در نظر ارسطو، استثنایی بر قانون نیست بلکه تصحیح قانون با بار احساسی مثبت است. ارسطو در اخلاق نیکوماخوس بیان می‌دارد که سنگ‌هایی که دیوارهای لسبوس را می‌سازند نابرابرند. به همین دلیل نمی‌توان اندازه‌گیری کرد که آیا انعطاف‌پذیر هستند یا خیر. نباید سنگ‌ها خود را با قاعده تطبیق دهند بلکه قاعده باید با سنگ‌ها مطابقت کند. پس، از نظر ارسطو، قانون عادلانه است اما انصاف در مفهومی که فراتر از قانون می‌رود، از آنجا که قضایای خاصی را دربرمی‌گیرد و مفروض این است که درمورد چیزی که قانون نمی‌تواند انجام دهد

1. Epieideia
2. Aequitas
3. Righteousness
4. Elohim
5. Jhyh

اعمال می‌شود، از قانون عادلانه‌تر است. اما از نظر افلاطون، انصاف، «انحراف از قانون» است. در نظر ارسطو، انصاف بیان قانون «عمیق‌تر و موثوق‌تر» از قانون استاندارد است که آن را تصحیح و تکمیل می‌کند. (Falcon Y Tella, M. J. T. B. P. M. 2008 pp 7-8).

به عبارت دیگر، یادآوری می‌شود که در سخن ارسطو، انصاف، مدل سیاسی ضمنی است که کمتر به حاکم، و بیشتر به قاضی نظر دارد. در مقابل افلاطون (کسی که می‌توانست قوانین موردنظر را خودش در هر لحظه‌ای تغییر دهد، ایده خودش را بر عدالت مبتنی می‌ساخت)، انصاف ارسطو صرفاً تکمیل ناکافی بودن قانون را مطرح می‌کند اگرچه همیشه قانونگذار آن را راهنمایی می‌کند و به دنبال این است که قانونگذار در لحظه وضع قانون، چه خواسته‌ای را برای اعمال آن مدنظر داشته و آن اعمال را در قضیه موردنظر هم به رسمیت شناخته است. تا آنجایی که به فضیلت معنوی که انصاف فراهم می‌کند مربوط می‌شود، انصاف، بیشتر احتیاط و هنر قضاوت کردن است. از این رو در نظر ارسطو، «هنر استدلال»^۱ مانند خطابه^۲ و دیالکتیک، نقش مهمی در حرفه قضاوت و در استفاده انصاف پیدا می‌کند. با وجود این، قاضی نباید جایگاه قانونگذار را بیابد، بلکه باید به‌عنوان مفسر آنچه قانونگذار گفته است، قضاوت کند. (Falcon Y Tella, M. J. T. B. P. M. 2008 Pp 7-8).

ارسطو میان عدالت به‌عنوان منش شخصیتی و از سوی دیگر، عدالت خاصی که به‌عنوان انصاف حاصل می‌شود، تمایز می‌گذارد: «انصاف توزیعی (توزیع مقام، پول یا اموال دیگر در میان اعضای جامعه بر اساس شایستگی نسبی آن‌ها) و انصاف تصحیحی (تنها، یعنی برابری، غرامت برای داراشدن ناروا یا خسارت که تعادل را میان طرفین برخواهد گرداند؛ طرف‌هایی که عدالت توزیعی تعیین می‌کند). در موافقت با بیتما^۳، عدالت تنها در میان مردانی وجود دارد که روابط متقابلشان، با قانون حاکم می‌شود، نه توسط مردی که مستبد خواهد شد؛ و قانون برای مردانی وجود دارد که میان آن‌ها بی‌عدالتی وجود دارد. عدالت قانونی، تبعیض میان عدالت و بی‌عدالتی است، آن گونه که در بالا تعریف می‌شود. در این طرح، انصاف، کلاً همان عدالت است اما نه کاملاً، به‌طوری که انصاف درعین حال، بهتر از عدالت است. انصاف، اصلاح عدالت قانونی است. قانون، کلی است اما در برخی موارد، بیان کلی ممکن نیست. لذا انصاف، تصحیحی برای همه وضعیت‌هاست». (Gourgourinis, A. 2009 Pp 330-331).

ارسطو معتقد بود که انصاف، ما را به حل اختلاف از طریق مذاکره، و نه به شیوه زور،

1. Argumentative Arts

2. Rhetoric

3. Yntema

فرامی‌خواند. وی داوری را به دادخواهی ترجیح می‌دهد چون داور به انصاف قضیه سوق می‌دهد و قاضی به قانون مضیق. انصاف، ما را به مهربانی با ضعف ماهیت انسانی سوق می‌دهد؛ به قانون کمتر از بشر فکر می‌کند و به آنچه می‌گوید، کمتر توجه می‌کند تا آنچه معنا می‌دهد. انصاف، ما را به اینکه اعمال نظر شخصی و بررسی جزئی نکنیم بلکه پدیدارها را در کل، مورد توجه قرار دهیم و از یک فرد که حالا موجود است نپرسیم بلکه بیشتر از نوع بشر (به ما هو بشر) سؤال کنیم، سوق می‌دهد. انصاف به ما توصیه می‌کند که مزایا را بیشتر از بی‌حرمتی‌ها به خاطر آوریم، و آن‌هایی که مزایا دریافت می‌کنند نسبت به آن‌هایی که اعطا می‌کنند، بیشتر هستند. در متون ارسطو، جنبه دوگانه‌ای برای او مشاهده می‌شود: الف) کارکرد جنبه حقوقی فنی آن به‌عنوان تصحیح قانون کلی برای قضیه خاص، وظیفه‌ای برای قاضی، کسی که قانون را اعمال می‌کند؛ ب) جنبه ماهوی و اخلاقی آن به‌عنوان فضیلت انسانی، مشترک با همه انسان‌ها، به‌عنوان ویژگی و مشخصه بشریت. (Falcon Y Tella, M. J. T. B. P. M. 2008 P 22).

معمولاً انصاف را به‌عنوان «عدالت در یک مورد خاص» تعریف می‌کنند. عدالت، عمل است و صرفاً در اقدام گنجانده می‌شود. عدالت، هیچ جایگاهی در خارج از قضیه انضمامی ندارد. فروریزی، تفسیری را از نظر ارسطو درباره انصاف ارائه می‌دهد مبنی بر اینکه انصاف، به‌عنوان قانون یک قضیه انضمامی، قانون نانوشته است که برخلاف قانون مکتوب که معمولاً درک می‌شود، عمل می‌کند. انصاف به‌عنوان قانون نانوشته به نظام حقوقی آنگلو ساکسون، که قانون رویه‌ها و عرف‌های قانونی است یا به نظام حقوقی اسلام که تکامل یافته آن در متن مقدس قرآن گنجانده شده، نزدیک می‌شود. لیکن آنچه اغلب اتفاق می‌افتد این است که قانون می‌تواند خیلی سخت باشد. این نظر درباره کامن‌لا در انگلستان صدق می‌کند. بنابراین در انصاف، به‌عنوان «عدالت در یک قضیه خاص» باید به چیزی بیش از قانون نانوشته توجه داشت. ما باید قانون با ماهیت سفسطه‌گرایانه، با کارکرد فردی (و نه عمومی) را درک کنیم. (Falcon Y Tella, M. J. T. B. P. M. 2008, P 6).

عدالت در معنای عام، نمایانگر نظام‌مندی و عقلانیت است، یعنی شیوه‌ای که در آن قوانین ایجاد می‌شوند. از سوی دیگر، انصاف بیانگر عدالت به مثابه حقیقتی خاص، طبیعی، کامل و واقعی است. انصاف به‌طور مضیق، با قانون و عدالت قانونی ضدیتی ندارد. با انصاف، نه قانون قضاوت می‌شود و نه با آن قانون را اصلاح می‌کنند بلکه صرفاً در حاشیه یک قضیه خاص و در خصوص قانون قضاوت می‌کنند. انصاف، هیچ نقصی را در قانون برای یک قضیه خاص نشان نمی‌دهد بلکه صرفاً خود را در حوزه اعمال قانون محدود می‌کند، با یادآوری اینکه قضیه

خاص، نیاز به قضاوتی دارد که ربطی به اعمال قانون ندارد. کارکرد انصاف این است که هنگامی که قانون به روش مضیق و کلی اعمال می‌شود، از رفتار سختگیرانه و ناعادلانه با فرد در زمان اجرای قانون، جلوگیری کند. (Falcon Y Tella, M. J. T. B. P. M. 2008 P 7).

بدون شک، تأثیر ارسطو بر سنت غربی انکارناپذیر است. انصاف ارسطویی که بر تفکر حقوق تأثیر گذاشته است و به مدت طولانی، جایگاهی فارغ از تنازعات نظری در قلمرو حقوق داخلی داشته است از دو منظر قابل بررسی است: ۱- جنبه کارکردی، فنی حقوقی به‌عنوان تصحیح قانون کلی در موارد خاص که وظیفه قاضی است؛ ۲- بُعد ماهوی اخلاقی به‌منزله فضیلت انسانی مشترک برای تمام انسان‌ها و منسوب به بشریت است. به عبارت دیگر، عمدتاً اولی بر تمایز میان حقوق و انصاف تمرکز دارد و دومی اغلب بر ارتباط با اخلاق، نظر دارد.

۲. انصاف در نظام‌های حقوقی داخلی کامن‌لا

اثر واقعی و جایگاه انصاف از یک نظام حقوقی به نظام حقوقی دیگر متفاوت است. در حقوق رم و سپس در نظام حقوقی آنگلو ساکسون، انصاف جایگاه برجسته‌ای دارد. با استقرار دادگاه‌های کامن‌لا در نظام حقوقی انگلستان در قرن‌های ۱۳ و ۱۴ میلادی، قواعد آن غیر منقطع و سخت شد و این امر بر میزان نارضایتی از تصمیمات دادگاه‌های کامن‌لا و قواعد حاکم بر آن‌ها و در نتیجه، مراجعات به شاه افزود و در نهایت نیز سبب مداخله شاه و به دنبال آن، وزیر ارشد او که مسئول خزانه شاهی بود در امور قضایی و رسیدگی به دعاوی و شکایات مردم شد. این مداخله، در قرن پانزدهم، یک حقوق موازی با کامن‌لا ایجاد کرد که در ابتدا واجد قواعد مشخص نبود و بیشتر مبتنی بر تعالیم کلیسا و یافته‌های وجدانی وزیر ارشد بود ولی پس از تثبیت، به‌عنوان رقیب کامن‌لا شناخته شده و «اصول شناسایی انصاف» نامیده می‌شد. در قرن ۱۷ *لرد ناتینگهام* که به پدر انصاف شناخته شد، فرمانی از طرف پادشاه صادر کرد که در اثر آن، سازش میان دو نهاد، برقرار و برای هر یک شرایطی مقرر شد. در نتیجه، دو نظام حقوقی در کنار هم باقی مانده و هر یک حوزه‌ای از روابط حقوقی را تحت مقررات خود درآورده و تلاش کردند پس از آن در حوزه یکدیگر دخالت نکنند. این مصالحه سبب شد که انصاف در حقوق انگلستان تثبیت شود و روز به روز بر استحکام قواعد خود بیفزاید. پس از آن و تا پایان دوره *لرد* *الدون*، انصاف که قضات حقوق دان آن را مدیریت می‌کردند، توانست به خود شکل یک نظام مبتنی بر اصول و قواعد داده و از انصاف مبتنی بر وجدان قاضی دوری کند. باین حال، هنوز دعاوی مربوط به دو حقوق در دو دادگاه جداگانه رسیدگی می‌شد. پس از آن، تحولات دیگری در حقوق انگلستان

و انصاف رخ داد که مهم‌ترین آن، ایجاد دادگاه‌های با صلاحیت عام در آن کشور بود و از دل آن، دادگاه عالی عدالت به وجود آمد. این دادگاه دارای صلاحیتی عام بود و می‌توانست به تمامی دعاوی کامن‌لا و انصاف رسیدگی کند. به این ترتیب، انصاف توانست بخش مهمی از حقوق انگلستان را به خود اختصاص دهد و پس از آن، دیگر کشورهای تابع نظام کامن‌لا نیز از همین الگو تبعیت کردند. امروزه قواعد انصاف در تمامی کشورهای عضو این نظام وجود دارد و همه، ریشه خود را در انصاف انگلستان جستجو می‌کنند. در اصطلاح حقوق انگلستان، انصاف به معنی تفکر مبتنی بر رفتار یکسان با دو طرف دعوا بود. در این حقوق، انصاف همچنین به معنی شاخه‌ای از حقوق بود که دادگاه‌های چانسلر در انگلستان آن را اجرا می‌کردند. این دادگاه را از ابتدا وزیر ارشد دربار اداره می‌کرد. او روحانی مسیحی بود و به علت تعلیمات مسیحی این فرد و آشنایی‌اش به زبان لاتین، گرایش زیادی در به‌کارگیری قواعد حقوق رم و کلیسایی داشت. وی در پرونده‌های خود، نه بر اساس رویه قضایی بلکه طبق آنچه وجدانش، آن را حق یا باطل می‌دانست، رأی صادر می‌کرد. از قرن ۱۷ به بعد، این رویه نیز تغییر کرد و تبعیت از اصول و قواعد انصاف و آرای دادگاه‌های پیشین ضروری شد. انصاف در طی دوره اعمال و اجرا در حقوق انگلستان توانست قواعدی پیچیده را برای خود ایجاد کند که مبنای اساس رسیدگی‌های آن قرار گرفته است. این قواعد، اصولی نیست که الزاماً باید در هر دعوا اعمال شود بلکه راهنمای اعمال صلاحیت دادگاه انصاف و صدور رأی است. از این قواعد به ماکسیم یاد می‌شود که با هدف الحاق به عدالت و انصاف تدوین شده است. این اصول شناسایی عبارت است از:

کسی که از انصاف کمک می‌خواهد باید خود منصفانه عمل کند؛

کسانی که به انصاف مراجعه می‌کنند باید پاکدستی داشته باشند؛

تأخیر، انصاف را زایل می‌کند؛

دستورهای انصاف بر اشخاص اعمال می‌شود؛

انصاف، عمل خطا را بدون جبران نمی‌گذارد؛

انصاف یعنی انطباق آنچه انجام شده با آنچه می‌بایست انجام می‌شد؛

انصاف به قصد افراد (محتوا) توجه دارد تا به شکل؛

انصاف، بنا را بر قصد بر انجام تعهد می‌گذارد؛

انصاف یعنی برابری؛

انصاف، دنباله‌رو حقوق است؛

در موارد برابری دو انصاف، حقوق حاکم خواهد بود؛

زمانی که دو انصاف یکسان باشند انصاف مقدم، حاکم خواهد بود. (ن.ک: عادل مرتضی، ۱۳۸۹: ۱۸۳).

۳. نظام حقوقی رومی ژرمنی

در رم، انصاف عمدتاً استثنایی بر قانون مضیق دانسته می‌شد. اعمال سخت و شدید قانون، بزرگ‌ترین منبع بی‌عدالتی تلقی می‌شد. حقوق رم، یوس کیویله^۱ برای شهروندان رومی، - اتباع- محفوظ بود. بر خارجیان، قانون ملل^۲ را اعمال می‌کردند. قانون ملل، بسیار کمتر از قانون رم، شکل‌گرا بود. این روند در پایان قرن دوم پیش از میلاد، تسهیل شد. در آن هنگام، «دادگاه‌های ویژه خارجیان»^۳ فرمول انعطاف‌پذیری را ایجاد کرد. این فرمول به مواردی گسترش یافت که هر دو طرف دادخواهی شهروند بودند. «دادگاه‌های ویژه خارجیان» که تنها به درخواست هر دو طرف اقدام می‌کردند، نه یوس کیویله را اعمال می‌کردند و نه مطابق با آیین قدیمی، - اقدام قانونی- عمل می‌کردند. در عوض، این دادگاه‌ها از طریق برخی کانال‌های شکلی، بسیار انعطاف‌پذیرتر از آنانی که قانون مدنی سنتی را اعمال می‌کردند، نوع جدیدی از قضایا و روابط را تنظیم کردند که تصمیمات‌شان مبتنی بر انصاف و حُسن‌نیت، راهنمایی و اخذ می‌شد. در رم، سختی و شکل‌گرایی یوس کیویله از طریق انصاف پرترا (Praetor) تغییر یافت و با ضرورت‌های اقتصادی و اجتماعی جدید، تعدیل و منطبق شد. انصاف پرترا، قانون لازم‌الاجرا را اعمال و قانون جدید را مطابق آنچه مناسب در قضیه خاص و عادلانه تشخیص داده می‌شد، شکل می‌داد. قانون اولیه رم، یوس کیویله، ترکیبی از عرف و قانون بود. (Falcon Y Tella, M. J. T. B. P. M. 2008, Pp 25-26). قوانین ناشی از حکم پرترا، یوس پرترا (jus praetorium) یا یوس هانوریروم (jus honorarium) نامیده شده‌اند که کارکرد تکمیل و تصحیح یوس کیویله را داشت. (Falcon Y Tella, M. J. T. B. P. M. 2008, p 27).

۴. نظام حقوقی اسلام

با مطالعه آثار بسیاری از نویسندگان که در حوزه حقوق تطبیقی فعالیت دارند مشاهده می‌شود دیدگاه‌های مختلفی در اسلام در خصوص انصاف وجود دارد. برخی در جستجوی انصاف در

1. Jus Civile
2. Jus Gentium
3. Praetor Peregrinus

حقوق اسلام، استحسان را تا حدودی با انصاف، مترادف می‌دانند و معتقدند که انصاف، مفهوم حقوقی غربی است که ریشه در ایده انصاف در اصطلاح عرفی و وجدان دارد و مشروعیت آن از اعتقاد به قانون طبیعی^۱ یا عدالت فراتر از قانون موضوعه ناشی می‌شود. استحسان حقوق اسلامی و انصاف در حقوق غربی، هر دو از انصاف در اصطلاح عرفی و وجدان الهام می‌گیرند. هنگامی که اجرای قاعده حقوق موضوعه، نتیجه نامنصفانه داشته باشد، هر دو، حرکت و دوری از آن را اجازه می‌دهند. تفاوت عمده آن‌ها این است که اتکای کلی انصاف به مفاهیم قانون طبیعی است و اتکای استحسان به ارزش‌ها و اصول شریعت. اما نیاز نیست که بیش از حد، بر این تفاوت، تأکید شود؛ چنانچه همگرایی میان ارزش‌های شریعت و قانون طبیعی قابل اثبات است. علی‌رغم رهیافت‌های متفاوت این دو به مسئله حق و باطل، برای مثال، ارزش‌های مورد حمایت قانون طبیعی و شرع مقدس اسلام، اساساً متقارن هستند. به‌طور خلاصه، هر دو رویه فرض می‌کنند که حق و باطل، مصلحت نسبی برای فرد نیست بلکه یک استاندارد معتبر همیشگی است که در نهایت، مستقل از ادراک و پابندی انسانی است. اما قانون شرع از قانون طبیعی در دیدگاه ماهیت (ذاتی یا اعتباری) حق و باطل متفاوت است. از نظر اسلام، حق و باطل، نه از طریق اشاره به ماهیت چیزها، بلکه به این خاطر که خداوند آن را این‌چنین قرار داده است تعیین می‌شود.^۲ شریعت، مظهر اراده خداوند است و خداوند داور عالی ارزش‌هاست. اگر انصاف به‌عنوان قانون طبیعت برتر بر همه قواعد حقوقی (مکتوب یا نامکتوب) مشخص شود، پس این آشکارا به معنای استحسان نیست. استحسان، هیچ قانونی را برتر از وحی الهی نمی‌شناسد و راه‌حلی‌هایی که ارائه می‌دهد در مهم‌ترین بخش، مبتنی بر اصول حمایت‌شده قانون شرع است. برخلاف انصاف که بر شناسایی قانون برتر مبتنی است، استحسان به دنبال تشکیل اعتباری مستقل و فراتر از شریعت نیست و با استحسان در همین جا که قانون طبیعی را جدای از قانون موضوعه و اساساً فراتر از آن می‌شناسد، تفاوت دارد. لیکن تأکید استحسان در مخالفت با قیاس که به احکام لفظی و متنی خاص استناد می‌کند بر غایات و اهداف شریعت است. بنابراین هنگامی که یک حکم قیاس از اطاعت از اصول انصاف و انصاف در اصطلاح عرفی امتناع کند، یا ثابت شود که سختی و شدت را تحمیل می‌کند، به‌منظور یافتن راه‌حل منصفانه‌تر، به استحسان استناد می‌شود که با هدف و روح شریعت، حتی با هزینه حرکت از قواعد خاص، سازگار و هماهنگ شود. از آنجا که استحسان، به‌طور مضیق، درون مرزهای قرآن و سنت

1. Natural Law

۲. این دیدگاه به‌روشنی نشان می‌دهد که این محقق اسلامی، از حیث کلامی کاملاً رویکردی اشعری دارد که این دیدگاه با کلام شیعی به کلی متفاوت است چرا که کلام شیعی، بر حسن و قبح ذاتی افعال و همچنین حسن و قبح عقلی تأکید می‌کند.

کنترل می‌شود، خیلی متفاوت از مفهوم انصاف در حقوق غربی است. به همان اندازه صحیح است که گفته شود استحسان مستلزم حرکت از حکم متنی و مبتنی بر قیاس به نفع راه‌حل‌های جایگزینی است که رضایت‌بخش‌تر و منصفانه‌تر هستند. نتایجی که از استحسان و انصاف گرفته می‌شود ممکن است خیلی متفاوت نباشد، اما روش و شیوه‌ای که از طریق آن‌ها به دست آورده می‌شود در دو نظام حقوقی متفاوت است. (Kamali, M. H. 2005, Pp 8-9).

برخی دیگر در مخالفت با این نظر اظهار داشتند که مفهوم استحسان به‌عنوان فن استدلال حقوقی با مفهوم انصاف، تضاد دارد. استحسان یکی از منابع فقه اهل سنت است و در لغت، عبارت است از نیکودانستن چیزی؛ اما در اصطلاح اصولی عبارت است از دلیلی که با قیاس جلی تعارض کند یا اینکه به استناد دلیل خاصی که رسیده است مسئله‌ای خاص و جزئی را از اصلی عام، استثنا کند، خواه این دلیل خاص، نص باشد، خواه اجماع، خواه ضرورت، خواه عرف، خواه مصلحت یا چیزی جز این‌ها. استحسان به معنای عمل به قوی‌ترین دو دلیل است و بنابراین به حجیت عقل برمی‌گردد و دلیلی مستقل در ردیف دیگر دلیل‌ها نیست. بنابراین اگر مقصود از استحسان، تنها همان عمل به قوی‌ترین دو دلیل باشد، پسندیده است و مانعی ندارد، اگرچه در این صورت، به‌شمار آوردن آن به‌عنوان اصلی مستقل در برابر کتاب و سنت و عقل، هیچ وجهی ندارد. با توجه به آنچه گفته شد، بنا به تفسیر برخی از محققین اسلامی، استحسان در اکثر موارد با انصاف معارض است. (مظاهری معصومه، آل اسحق خوئینی زهرا، ۱۳۹۰: ۱۴۲-۱۴۰). انصاف، اساس قابل‌پذیرشی برای تعیین قانون در اسلام نیست. هنوز شاید اساسی برای یافتن شباهت میان استحسان و انصاف نتوان پیدا کرد. هر دو مفهوم، تصور جستجویی برای خوبی و معروف را در خود دارند. ممکن است انگیزه استفاده هر مفهوم در ابتدا از این احساس صرف ناشی شود که قاعده حقوقی موجود، به‌حق نیست. لیکن شباهت در همین جا متوقف می‌شود. انصاف، اساسی را برای اقتدار حقوقی‌اش در مجموعه‌ای از هنجارهای ازپیش تعیین‌شده موجود، جدای از نظام حقوقی می‌یابد. مبنای استحسان، در تعیین علل اساسی قواعد حقوقی موجود و در آشتی دادن تعارضات آشکار میان قواعد مبتنی بر این تصمیم است. استحسان، منبع جدید قانون نیست. آن مفهومی نیست که از اجرای صرف وجدان فردی ناشی شود. ممکن است انگیزه اصلی آن، ارتقای خیر عمومی، لحاظ ضرورت و ... باشد اما باید از طریق مقررهای در قرآن، سنت یا اجماع یا از تطبیق علل شناخته‌شده از طریق مطالعه متون منابع اسلامی توجیه شود. (Makdisi, J. 1985 pp 90-91).

نظر گروه سوم از محققین مسلمان بر آن است که انصاف در حقوق اسلامی، قاعده‌ای فوق عدالت است و با لحاظ جوانب امر، ممکن است حکم به انصاف، حکم به عدالت را نقض یا محدود کند. دکتر کاتوزیان، انصاف را این گونه تعریف می‌نماید: «مجموع قواعدی است که در کنار قواعد اصلی حقوق وجود دارد و به استناد متکی بودن بر اصول عالی و برتر اخلاقی می‌تواند قواعد حقوقی را لغو کند یا تخصیص دهد». (کاتوزیان، ۱۳۶۵: ۱۴۵).

زمانی به انصاف رجوع می‌شود که اجرای قاعده عادلانه در موردی خاص، نتایج نامطلوبی به بار می‌آورد و وجدان اخلاقی این‌طور تشخیص می‌دهد که لزوم رعایت قواعدی فراتر از عدالت، ضروری است. در مواردی که قواعد خشک مبتنی بر عدالت، قاضی را از نظر وجدانی اقناع نمی‌کند، رأی بر مبنای قاعده انصاف به کمک او می‌آید. قاضی با توجه به شرایط فرد مورد حکم در مورد او قضاوت می‌کند. البته این لحاظ شرایط نیز بدون اندازه نیست زیرا بدین ترتیب، هرکس با این توجه که در مرتبه اجرای انصاف است، خودسرانه عمل خواهد کرد، بلکه محدوده این قاعده، تا حدی است که به اجرای عدالت کمک کند. به عبارتی این قاعده در جایگاه یآوری برای عدالت است و هدف آن، چیزی جز هرچه بهتر و عادلانه‌تر شدن قواعد نیست اما از آنجاکه قواعد مبتنی بر عدالت در حالت کلی وضع شده است شاید در مواردی عمل کردن به آن عادلانه نباشد. لذا با اعمال قاعده انصاف و با لحاظ اوضاع و شرایط فرد، عدالت در معنای واقعی خود اعمال خواهد شد. لازم به ذکر است که بسیاری از قواعد دیگر نیز مبتنی بر قاعده انصاف است. به‌عنوان مثال، حکم به جواز خوردن گوشت مردار که از باب اضطرار است با لحاظ شرایط فرد مضطر داده شده و این خود، عمل به قاعده انصاف است. (مظاهری و آل اسحق خوئینی، ۱۳۹۰: ۱۴۳-۱۴۲).

۵. آرای اندیشمندان معاصر راجع به انصاف و چگونگی اعمال آن در حقوق

انصاف، مفهومی چندوجهی و شامل مفاهیم فلسفی، اخلاقی، سیاسی و حقوقی است. همیشه نقش انصاف و رابطه آن با حقوق، مورد بحث بوده است. برخی انصاف را نه مفهومی حقوقی که مفهومی عادلانه و اخلاقی می‌شمارند. برخی انصاف را اساس اخلاقی حقوق می‌دانند. دیگران نیز انصاف را هدف حقوق قلمداد می‌کنند.

حقوق‌دانی که می‌خواهد انصاف را تعریف کند، کار آسانی پیش رو ندارد. متفکرانی که در خصوص انصاف، بررسی‌های علمی انجام داده‌اند، گرایش‌های فکری متنوعی دارند به این

معنا که می‌توان از طیف‌های مختلف مکاتب حقوق در میان آن‌ها یافت. درعین حال، وقتی که هر متفکری دیدگاه خود را در خصوص انصاف، طرح کرده است، چندان نمی‌توان تعلقات مکتب فکری او را در حقوق، برجسته تشخیص داد و از این منظر، میان آن‌ها تفکیک دقیقی قائل شد. بر همین اساس، در مطالعه حاضر، فارغ از اینکه استادان حقوق به‌طور کلی به چه مکتب فکری تعلق دارند، صرفاً اظهارنظرهای آن‌ها در خصوص مفهوم انصاف، بازگو می‌شود. پیشاپیش یادآوری می‌شود که برخی از متفکرین در تبیین مفهوم انصاف بر یک یا دو جنبه تمرکز کرده‌اند و برخی از آن‌ها در تبیین انصاف، به جنبه‌های متنوعی اشاره کرده‌اند.

لویس دلینز، تعریفی از انصاف ارائه می‌دهد که عنصر اخلاقی در آن برجسته است: «انصاف عبارت است از شکل بالاتر و ناب‌تر از عدالت در مواجهه با قانون به مفهوم مضیق آن، که البته عنصر ذاتی قانون [ایده‌آل] و بخشی از وظیفه اخلاقی قاضی است».

چالز دی ویزچلر، ایده هماهنگ‌سازی را مطرح می‌کند: «جایی که نقص در قانون با بی‌عدالتی همراه شود، انصاف تضمین می‌کند که منافع انسانی بدون حمایت کامل رها نشود و در جایی که به‌وضوح در معنای تصحیح قانون موضوعه به کار می‌آید، به نظر می‌رسد انصاف، یک ویژگی اخلاقی را متبلور می‌کند» (Monique, C. G. 1991p 278).

انصاف، اصطلاحی است که در مجاورت مفاهیم و شرایط دیگر، دارای معانی گسترده‌تری نیز می‌شود. هرچند معنایی که به آن داده شده است از زمینه‌ای الهام می‌گیرد که در آن به کار گرفته می‌شود، حقایق قابل اعمال در مورد یک وضعیت معین، فرایند منصفانه یا جبران [بی‌عدالتی] را فراروی ما قرار می‌دهد. (Devine, S. W. 1989, pp 150-151).

انصاف، هم در حقوق داخلی و هم در حقوق بین‌الملل در مفاهیم مختلف به کار رفته است. به‌طور مثال، رالف آبراهام نیومن که مطالعات وسیع تطبیقی در خصوص انصاف در نظام‌های متنوع حقوقی انجام داده، بیان داشته است که کلمه *انصاف* در هشت مفهوم جداگانه به کار می‌رود: ۱. در مفهوم آنچه منصفانه و عادلانه است، ۲. در مفهوم قانون طبیعی، ۳. مفهوم نظام حقوقی ای که قصورات عدالت در مجموعه قوانین اصلی را اصلاح می‌کند، ۴. در مفهوم نظریه عدالت که در آن، اعمال احکام قانونی منوط به ضرورت‌های ناشی از اوضاع و احوال خاص تعدیل می‌شود، ۵. در مفهوم مجموعه نظام حقوقی که در دادگاه چانسلر^۱ انگلیس به هنگامی که دادگاه مجزایی بود اجرا می‌شد، ۶. در مفهوم روش تفسیر آزاد مجموعه قوانین و مقررات مطابق با روح و هدف کلی قانون

موضوعه در نظام حقوقی سیویل لا، ۷. در نظام انگلو-امریکایی در مفهوم مجموعه احکام حقوقی که در درون قانون معرفی می‌شود، ۸. در اقامه دعوا برای جبران خسارت خاص، معیار عدالتی که مبتنی بر ارزش‌های اخلاقی، بالاتر از سایر معیارهایی باشد که معمولاً در اقدام برای جبران خسارت به کار گرفته می‌شود. (Newman, R. A. 1964, Pp 402-403). به کارگیری انصاف در این مفاهیم مختلف، یک دلیل مهم برای عدم قطعیت در ماهیت و محتوای انصاف در حقوق داخلی است.

این عدم قطعیت، در حقوق بین‌الملل نیز مشاهده می‌شود. حقوق دانان بین‌المللی، انصاف را به مفاهیم زیر، نزدیک کردند: « اعمال اصول عدالت در یک قضیه خاص»، « عدالت کم‌وبیش فردی شده»، « آنچه منصفانه و عادلانه است»، « یک رشته اصول طراحی شده برای نقد قانون و تضمین انصاف در اصطلاح عرفی در میان ملل، به‌ویژه در وضعیت‌های کمیایی نسبی^۱ [که تابعان قانون به یک نسبت، از امکانات و فرصت‌ها بهره‌مند نمی‌شوند]. این اشارات کلی (و مشابه دیگر) به «عدالت، انصاف در اصطلاح عرفی، و معقولیت، یا جایی که مناسب باشد، برابری» در معنای ادبی ساده، هر یک شرح روشنی از مفهوم انصاف را ارائه نمی‌دهد. (Gourgourinis, A. 2009 pp 329-330).

به‌طور مثال، اسکار شاختر معتقد است انصاف، اغلب با آوردن مترادف‌هایی نظیر بی‌طرفی، عدالت، معقول بودن و حسن‌نیت تعریف می‌شود که این مترادف‌ها به قدر کفایت، کاربرد اصل انصاف در استدلال حقوقی را افاده نمی‌کنند. وی در تجزیه و تحلیل خود از مفهوم انصاف، پنج معنای انصاف و اصول منصفانه را به این شرح بیان می‌دارد:

۱- انصاف در معنای مبنایی برای عدالت شخصی که سختی قانون خشک را تعدیل می‌کند؛

۲- انصاف در معنای رعایت بی‌طرفی، معقول بودن و حسن‌نیت؛

۳- انصاف در معنای مبنایی برای اصول خاص و معین استدلال حقوقی که با بی‌طرفی و معقول بودن پیوند دارد: یعنی استاپل، توسعه غیرعادلانه و سوءاستفاده از حق؛

۴- استانداردهای منصفانه برای توزیع و تقسیم منابع و منافع؛

۵- انصاف در معنی موسع برای عدالت توزیعی که برای توجیه مطالبات اقتصادی و بازنگری مناسبات اجتماعی و توزیع مجدد ثروت به کار می‌رود. (Schachter, O. 1991p 82).

ولفگانگ فریدمن نیز دو فهم از انصاف در نظریه حقوقی ارائه می‌دهد که باید به‌صورت مجزا

حفظ شود. ۱) انصاف اساساً مفهومی فلسفی است که از نوشته‌های ارسطو در اخلاق نیکوماخوس الهام می‌گیرد. این فهم، کاملاً بر رابطه مفروض انصاف با قانون و عدالت مبتنی است. ۲) مفهوم دیگر، موسع است که به عنوان نقطه شروع، ذهن فرد را به کار می‌گیرد تا ماهیت منصفانه در رویه قانونی جلوه‌گر شود. رهیافت فلسفی، ماهیت انصاف را به عنوان «تصحیح قانون در جایی که قانون به خاطر کلیت‌ش نارساست» پذیرفته است. این توصیف از کارکرد کلی انصاف، مبتنی بر این فرض است که دو بعد از عدالت، عدالت قانونی و عدالت مطلق یا طبیعی وجود دارد. مطابق با این فرض دو گانه که واضح‌ترین بیان در ایدئولوژی قانون طبیعی است، اما ضرورتاً به یک اساس متافیزیکی نیاز ندارد، قانون به عنوان ابزاری برای دستیابی به عدالت نگریسته می‌شود. هنگامی که قانون در انجام این هدف، با شکست روبه‌رو شود، برای تحقق عدالت در هر مورد خاص، حقوق‌دانی که خود را در قبال اجرای عدالت مسئول بداند از عقل و احساسش مدد می‌گیرد تا آنچه عدالت مطلق در آن وضعیت اقتضا دارد، اعمال کند و به این طریق، از سختی و جمود قانون بکاهد. از همین رو می‌توان گفت انصاف، ابزار تکمیلی قانون برای دستیابی به عدالت است. (Friedmann, W. 1967p 25).

لاندستد خاطر نشان کرده است که قانون، خود محصول نیت و احساسات عدالت‌خواهانه است. در واقع، او مدعی است که عدالت (در مفهوم غیرمتبلور در قانون) اصولاً بدون قانون قابل تصور نیست. بنابراین قانون نه تنها ابزاری برای دستیابی به عدالت، بلکه عنصر ضروری در شکل‌گیری آرمان‌های عدالت است. با وجود این، اگر عدالت، نه به عنوان مفهومی ثابت و ایستا، مطلق و متافیزیکی، بلکه به عنوان مفهومی پویا، نسبی و زمینی در نظر گرفته شود، هیچ دلیلی وجود ندارد که این نظر کلی پذیرفته نشود که قانون، ابزاری برای دستیابی به عدالت است. آرمان عدالت به‌طور مداوم در حیات سیاسی و اجتماعی یک جامعه از طریق مجموعه‌ها و سازمان‌های سیاسی، رسانه‌های جمعی و افکار عمومی و نهاد قانون و اجرای آن شکل داده و قالب‌بندی می‌شود. اساساً این فرایند می‌تواند در تجزیه و تحلیل نهایی با موضوع اعتقادات شخصی یکایک افراد جامعه نیز در تعامل باشد. این حقیقت، اساس رهیافت متمایز دوم به مفهوم انصاف است که انصاف را به عنوان احساس خودانگیخته برای آنچه عادلانه و غیرعادلانه در خصوص قضایای خاص است تعریف می‌کند. (Rothpfeffer, T. 1972 pp 81-82).

برخی از مؤلفین، انصاف را فاقد هرگونه هنجار دانسته و اذعان دارند که به عنوان راهنما به کار می‌رود. به‌طور مثال، ماریا جوز فالکون بر این عقیده است که «انصاف، عینکی است که از

طریق آن، مسئله را می‌بینیم. آنچه عینک می‌تواند انجام دهد این است که در حصول دقت و حدت بصری به ما کمک می‌کند، نقص بینایی ما را تصحیح می‌کند، یعنی با آن می‌توان آنچه را که بدون آن، خیلی مبهم خواهد بود تصحیح کرد. همین موضوع در تطابق بسیار مضیق با عدالت کلی، انتزاعی صحیح است. انصاف به ما اجازه می‌دهد بهتر ببینیم. هیچ قاعده‌ای از انصاف وجود ندارد. انصاف نه قانون است و نه اصل کلی، اگرچه هر دو را مدیریت می‌کند. انصاف منبع نیست حتی اگر منابعی همچون معاهدات، عرف یا اصول کلی حقوق را مدیریت کند. منبع همان طور که از نامش برمی‌آید، چیزی است که ایجاد می‌کند، آنچه سرچشمه است و حیات می‌دهد به چیزی که قبلاً وجود نداشته است. فرایند اعمال تفسیر منبع موجود قبلی، خودش منبع نیست». (Falcon Y Tella, M. J. T. B. P. M. 2008, Pp 113-114).

دوین با این توضیح مقدماتی که برخی از واژه‌ها را نمی‌توان تعریف دقیق کرد و بیش از آنکه محتوا و معنای کاملاً مشخصی داشته باشند در موقعیت‌های مختلف و شرایط خاص، ظرف معانی و مفاهیم خاص می‌شوند، تأکید می‌کند که واژه انصاف نیز در حقوق مدرن، دقیقاً از چنین وضعیتی برخوردار است و محتوای آن از وضعیت‌های خاص به عاریه گرفته می‌شود. وی همچنین یادآوری می‌کند که برای رفع برخی ابهامات موجود در واژه انصاف در حقوق، نه تنها باید برای دیگر واژه‌های مرتبط با انصاف، شفاف‌سازی کرد، بلکه به‌ویژه باید تلاش کرد به این سؤال مهم پاسخ داده شود که چرا این واژه در مدت طولانی و مداوم، مبهم مانده است؟ (Devine, S. W. 1989 p 154).

برخی دیگر از اندیشمندان آن را وسیله‌ای برای پرکردن خلأ حقوقی می‌دانند. انصاف، ترکیبی از مواد^۱ حقوقی و شبه حقوقی به کاررفته برای پرکردن خلأهایی در حقوق است که به‌طور وسیعی مبتنی بر استنتاج است. این استنتاج از مجموعه آرای متفکران حقوقی که در ارتباط نزدیک با قواعد واقعاً موجود و پذیرفته‌شده حقوق، بسط یافته است، برگرفته می‌شود. قلمرو انصاف نباید بسیار وسیع بیان شود. انصاف، مغایر حقوق نیست، اما درعوض تا حد توان، آن را دنبال می‌کند. اما هرچند انصاف، قواعد موضوعه را اصلاح نمی‌کند، ممکن است خلأهای حقوق را پر کند. انصاف، استفاده از قواعد حقوقی موجود را تسهیل می‌کند و خارج از حوزه قواعد حقوقی، استنباط اصول و قواعد بیشتر را فراهم می‌کند که در این فرایند می‌توان از

قیاس^۱ بهره جست. اما در استفاده از قیاس‌ها باید دقت کرد که تدرروی و زیاده‌روی صورت نگیرد. قیاس، مبتنی بر طبقات مرتبط خیلی نزدیک قواعد حقوقی خواهد بود و زمینه‌های غیرمرتبط قانون را پر نخواهد کرد. (Orfield, L. B. 1929 pp126-127).

از اظهارات فوق برمی‌آید که انصاف، روشی جهت دستیابی به عدالت و به عبارت دیگر، برآوردن مقتضیات آن در یک قضیه معین است. به عبارت دیگر، انصاف، ابزار کاهش شکاف بین عدالت قانونی و عدالت واقعی دانسته شده است. بنابراین می‌توان گفت انصاف عبارت است از احساس طبیعی درستی و نادرستی چیزی در قضیه موردنظر که فارغ از فنون محض حقوقی و با توجه به جمیع اوضاع و احوال محیط بر آن قضیه حاصل شود. از این رو نمی‌توان آن را در چارچوب برخی قواعد به نظم کشید. انصاف، ملاکی جهت ارزیابی عادلانه بودن تصمیم اتخاذشده است. رویه قضایی و داوری بین‌المللی، گرایش به این دیدگاه فلسفی دارند که بی‌عدالتی را معیاری برای تشخیص عدالت معرفی کنند زیرا بی‌عدالتی به واسطه ماهیتش به طور آنی کشف می‌شود و هرچه ناعادلانه نباشد، عادلانه است. همچنین الزامی وجود ندارد که آنچه در یک قضیه منصفانه به نظر می‌رسد، در سایر قضایا نیز چنین باشد. انصاف از دقت ریاضی برخوردار نیست زیرا ماهیت آن، امکان چنین دقتی را فراهم نمی‌کند. سرانجام می‌توان گفت این مفهوم، جزئی از حقوق و بخشی از هیئت اخلاقی اعمال قاضی به حساب آمده است.

۶. کارکردهای مختلف انصاف در اندیشه‌های حقوقی

انصاف داخل قواعد حقوقی (انصاف تعدیلی)^۱

هر قاعده‌ای قبل از اجرا نیازمند تفسیر است. در اعمال قاعده کلی و انتزاعی در یک قضیه خاص، قاضی این حق را دارد که در جهت کاهش سختی قاعده، آن را تفسیر کند. مفاهیمی از انصاف و عدالت، امکان حرکت در بطن شرایط خاص قضیه را مهیا می‌کنند بی‌آنکه از مرز قانون عبور کنند. با استفاده از صلاحدید قضایی، قاضی یا داور، درون برخی معیارهای بیان شده از طریق قانون فعالیت می‌کنند. اعمال صلاحدید در درون معیارهای قانونی با استفاده از ابزار منعطف انصاف در جهت تعدیل قانون صورت می‌گیرد. استفاده اختیارات قضایی، یکی از حوزه‌های تاریک حقوق است اما درون آن، انصاف، چراغی است که به قاضی امکان تعیین

1. Analogies

2. *Infra Legem* "Equity Under The Law" Equity Used To Interpret The Law In A Manner That Achieves A Most Just Result Without Violating Or Exceeding The Scope Of The Law Itself. See, Fellmeth, A. Horwitz, M. *Guid to Law in International Law*, Oxford 2009, p 23

ترجیحات را در میان شیوه‌های انتخاب موجود می‌دهد. از آنجا که استفاده از صلاحدید قضایی درون معیارهای تجویزی، بخش ضروری و ذاتی فرایند قضایی است، هر مرجع قضایی با اجرای صلاحدیدش، از حدود کارکرد قضایی در اعمال انتخاب در نظر گرفته شده، درون محدوده‌های معین، بر اساس درک و برداشتش از انصاف در اصطلاح عرفی و انصاف در مفهوم فنی حقوقی، تجاوز نمی‌کند. (Weeramantry, C. G. 2004 para 142).

انصاف محصور در قانون، زمانی معنا می‌یابد که قاضی در مقام تفسیر یا اعمال مقررات موضوعه، خود را محصور در صورت قاعده نمی‌کند بلکه قاعده را با توجه به تحولات آن در سیر زمان و با عنایت به اوضاع و احوال قضیه و واقعیات موجود، تفسیر و اعمال می‌کند تا بتواند به عدالت نزدیک‌تر شود و نتیجه منصفانه حاصل آید زیرا باید پذیرفت که محتوای قاعده در سیر زمان متحول می‌شود. شاختر این شیوه کاربرد انصاف را تقریباً مورد پذیرش همگان معرفی می‌کند هر چند که پیروان مکتب پوزیتیویستی صرف، استثنای آن به حساب می‌آیند. وی معتقد است مبهم و انتزاعی بودن قاعده تا حد زیادی امکان رسیدگی منصفانه را فراهم می‌کند. (Schachter, O 1991p 84).

در حقوق، استدلال‌های مبتنی بر انصاف تعدیلی، بدون تردید، مفید و کمتر بحث‌انگیز است. با وجود این ملاحظه که قانون باید واضح بوده و با خودش متعارض نباشد، به طور اتفاقی این امکان هست که نظام‌های حقوقی دو راه حل احتمالی برای یک معمای حقوقی داشته باشند. در این هنگام، متعاقباً به قضات یا داوران یادآوری می‌شود که در خصوص مسیری که انتخاب می‌کنند به درستی تصمیم بگیرند. به علاوه ممکن است قاضی یا داور با اصول کلی حقوق در تصمیم‌گیری‌شان هدایت شوند.

۷. انصاف قضایی (انصاف تکمیلی)^۱

انصاف تکمیلی در قضایایی اعمال شده است که هیچ قاعده حقوقی وجود ندارد یا آنکه حقوق موجود، مکفی نیست. استدلال متداول آن است که کاربرد آن در شرایط خلأ قانونی یا وضعیت بی‌قانونی مناسب است. انصاف تکمیلی، انصافی است که برای پرکردن خلأهای قانون به کار رود یا به عبارت دقیق‌تر، نه با رویکرد ترمیم خلأ اجتماعی در قانون، بلکه به منظور وسیله جبران نواقص حقوق و پرکردن خلأهای منطقی آن استفاده می‌شود.

1. Praeter Legem "Equity Apart From The Law" Principles Of Equity Used To Fill In A Gap Or Vagueness In The Law, Without Directly Contravening Any Established Legal Principle. See, Fellmeth, A. Horwitz, M, Op.cit, p 24

این امر، آنجا اهمیت می‌یابد که قاضی یا داور با این اصل مواجه شود که نمی‌تواند به دلیل سکوت یا ابهام یا خلأ قانون از صدور حکم امتناع ورزد. عده‌ای توسل به اصول کلی حقوق را در شرایط خلأ یا سکوت قانون تجویز کرده‌اند. محاکم قضایی برای اعمال انصاف در خارج از محدوده قانون (در صورت ضرورت پرکردن خلأ قانونی)، حق کلی‌ای قائل هستند و این حق بر اساس اصل کلی‌ای که به موجب آن «قاضی نمی‌تواند به دلیل سکوت یا ابهام قانون از صدور حکم امتناع ورزد» توجیه شده است. بهانه نبودن قاعده حقوقی جهت سلب مسئولیت از مرجع قضایی در صدور رأی کافی نیست و با وجود این باید به تصمیم رسید. در نتیجه، خلأها به روشی باید ترمیم شود. گروهی خواهند گفت که قاضی آزاد است که طبق صلاح‌دیدش اقدام کند و گروهی نیز بر این نظر خواهند بود که قاضی به انصاف به‌عنوان راهنما باز خواهد گشت. در این مفهوم اخیر است که عبارت انصاف تکمیلی کلاً استفاده می‌شود. (Weeramantry, C. G. 2004 para 65)

البته اگر انصاف و اصول منصفانه به‌عنوان اصول کلی حقوق بتوانند شرایطی فراهم کنند که مسائل جاری و آتی را در خلأ قانونی حل کنند، کارکرد انصاف تکمیلی شناسایی خواهد شد اما نتیجه اعمال آن، کارکرد تقنینی خواهد بود که ضرورتاً تصحیحی نیست. بنابراین، انصاف و اصول منصفانه به‌عنوان اصول کلی حقوق، این توانایی را خواهند داشت تا در قضایای معینی قانون را ایجاد کنند. از نظر برخی حقوق‌دانان، اعمال اصول منصفانه «دری را به روی هرج و مرج قانونی باز خواهد کرد». (White, M. 2004 p 13).

۸. انصاف، ظرف قاعده (انصاف تصحیحی)^۱

انصاف تصحیحی، نشان‌دهنده بحث‌برانگیزترین و کم‌شناخته‌ترین طبقه انصاف در حقوق است، یعنی این ایده که در اوضاع و احوال حاد، ممکن است انصاف برای از بین بردن یا رد اعمال قوانین مبتنی بر اوضاع و احوال قضیه حاضر به کار رود. این طبقه به‌طور خاص، بحث‌انگیز است زیرا از قاضی یا داور می‌خواهد که از عهده این سؤال برآید که آیا یک قانون تحت این اوضاع و احوال، عادلانه است یا خیر. (Burke, C. J. 2011p 91) انصاف تصحیحی آن است که در تخطی از قانون برای جبران ناکارآمدی‌های اجتماعی قانون به کار رود. (Lowe, V. 1988 p 56). انصاف تصحیحی درون محدوده‌های قواعد موجود حقوقی جای نمی‌گیرد بلکه به‌طور وسیع‌تری،

1. Contra Legem "Equity InOpposition To The Law" A Maxim Justifying The Use Of Equity In Derogation Of A Legal Rule To Avoid An Unintended Or Unjust Result. See, Fellmeth, A. Horwitz, M, Op.cit, p 23

با کنار گذاشتن قانون، با عنایت به قضیه مورد بررسی اعمال می‌شود. محدوده‌های تصمیم‌گیری با انصاف تصحیحی در دو حوزه بیرونی و درونی تعیین می‌شود. محدوده‌های بیرونی تصمیم‌گیری بر اساس این نوع انصاف نه به‌عنوان اصل پیشینی حقوقی وارده بر صلاح‌دید مرجع رسیدگی کننده، بلکه به‌عنوان ساخت شکل گرفته در چارچوب اجرای صلاح‌دید، اعمال می‌شود. در مضیق‌ترین شکل آن، این محدوده‌ها لازم می‌دارد که به رویه‌های طرفین توجه شود. در وسیع‌ترین شکل آن، رویه‌های مشابه (قیاسی) دیگری که در استعمال‌های مشترک، عادات مشترک و عرف‌های نوظهور متبلور می‌شود. اصل عقل عملی به قضات این توانایی را می‌دهد که میان اقدام عقلایی و غیرعقلایی، اراده آزاد و اجبار، تمایز قائل شوند. در وجهی که تصمیم قضایی مبتنی بر انصاف اتخاذ می‌شود، تصمیم مزبور در بافتاری که کنش‌گران عقلایی اراده آزادشان را اعمال می‌کنند، منصفانه است و در وجهی که تصمیم عملاً باید معقول باشد، این امر باید در پرتو مفهوم طبیعی حق‌ها که راهنمای قضات خواهد بود صورت پذیرد، نه اینکه کاملاً مفاهیم شخصی انصاف در اصطلاح عرفی^۱ که در ذهن قاضی متبادر می‌شود، ملاک قرار گیرد. (Trakman, L. 2007 pp 637-638)

قضات یا داوران، تابع قواعد درونی هستند که آن‌ها را ملزم می‌کند تا از طریق فرایند عقلی که منصفانه بوده و با راهنمایی وجدان شایسته اتخاذ شده به تصمیم برسند. مشابه محدوده‌های بیرونی، محدوده‌های درونی بر عقل عملی استوارند. این محدوده‌های درونی صلاح‌دید از طریق سوژه-های انسانی هوشمند که اراده آزاد خود را مبتنی بر اخلاق اعمال می‌کنند تنظیم می‌شود. چنین محدوده‌های درونی در صلاح‌دید، برای مثال، زمانی که قضات، کیفرهایی را اعمال می‌کنند از ادراکات اخلاقی متعالی که تعیین‌کننده ماهیت و حدود مجازات منصفانه هستند، نشأت می‌گیرد، نه اینکه بر مبنای ارزش‌های ذهنی خود قضات باشد. برداشت‌هایی از اصل رعایت تشریفات قانونی در رسیدگی^۲ که ارزش‌های حقوق طبیعی را در خود دارد می‌تواند به‌عنوان محدوده‌های درونی تصمیمات مبتنی بر انصاف تصحیحی به کار رود، مانند هنگامی که قضات یا داوران، حق یک طرف به استماع را بر مبنای اخلاقی بنا می‌کنند. باین حال، محدوده‌های درونی شکل گرفته بر مبنای اعمال صلاح‌دید مبتنی بر انصاف تصحیحی نیز از اصل رعایت تشریفات قانونی در رسیدگی قابل تمایز هستند. به‌ویژه، فرایند تصمیم‌گیری مبتنی بر انصاف تصحیحی بر مفاهیم انصاف در اصطلاح عرفی بنا می‌شود که ضرورتاً به حقوق، قابل‌انتساب نیستند. درنهایت، محدوده‌های درونی صلاح‌دید مبتنی بر انصاف تصحیحی به اعمال عقل عملی بر سوژه‌های

1. fairness

2. due process of law

انسانی، بیشتر از توسل به استنتاج تحلیلی از اصول حقوقی منجز مبتنی است. این امر چندان حائز اهمیت نیست که عقل عملی، چگونه غیررسمی و بلندپروازانه بروز عینی می‌یابد، بلکه آنچه مهم است اینکه فرایند رسیدگی قضایی یا داوری باید شفاف و برای طرفین، رفع‌کننده اختلاف باشد. (Trakman, L. 2007 pp 638-639).

۹. ایرادات مطروحه بر اعمال انصاف

به‌رغم دلایل مختلفی که وجود انصاف را در حل اختلافات و امکان استناد به آن توسط مراجع حقوقی حل اختلافات، ضروری می‌کند، ایراداتی بر این مفهوم وارد شده است. از جمله ایرادات مهم وارد بر انصاف، ذهنی بودن آن است که باعث می‌شود تا امکان برداشت‌های متفاوت و حتی متضاد از این مفهوم فراهم آید. به‌عنوان مثال در سال ۱۸۹۵، یکی از آرای داوری، تبعیض نژادی را بر اساس انصاف، امری مشروع دانست، حال آنکه در عصر حاضر، مصداق بارز فعالیت‌های غیرمنصفانه قلمداد می‌شود.

ایراد دیگر مخالفان این است که معیارهای عینی تشخیص انصاف روشن نیست و به همین جهت می‌توان آن را به گونه‌ای خودسرانه اعمال کرد. نظر به ابهام یا عدم وجود معیارهای عینی که تشخیص منصفانه بودن رأی بر اساس آن امکان‌پذیر باشد، بعضی انصاف را مفهومی تلقی کرده‌اند که هر معنایی را قبول می‌کند^۱ و رجوع به آن را آغاز تردید و ابهام دانسته‌اند.^۲ به‌خاطر فقدان معیارهای عینی، آرمثون، یکی از قضات انگلیسی اواسط قرن هفدهم در مخالفت با انصاف، ضمن کلامی مختصر نوشته است: «انصاف با وجدان هر چانسلسر تفاوت می‌کند و قواعد آن متغیر است مثل این که پا، که واحد طول است با پای چانسلسرهای مختلف تغییر کند». (آرمثون در افشار حسن: ۶۲) در چنین وضعیتی، اندیشه افراد، نقشی بسزا در تشخیص انصاف بازی می‌کند. البته اندیشه ایشان هم، تحت تأثیر محیط اخلاقی که در آن پرورش یافته‌اند و نیز نظام حقوق داخلی است که در آن آموزش دیده‌اند.

همچنین ایراد شده است که اگرچه بعید نیست استفاده از انصاف، عدالت واقعی را در یک قضیه معین، بهتر محقق کند ولی این امر نباید به زیان امنیت حقوقی انجام شود. در صورتی که بتوان با استناد به انصاف از اعمال مقررات موضوعه جلوگیری کرد، راه‌های گریز زیادی از حقوق فراهم می‌شود. خطر استفاده از انصاف برای استناده کردن مقررات حقوق موضوعه، فقط

1. ICJ Reports 1984, Case Concerning Delimitation Of Maritime Boundary In The Gulf Of Maine Area, Dissenting Opinion. Gros, P 378, Para 62
2. ICJ Reports 1969, North Sea Continental Shelf Cases, Diss. Op. Morelli, P 196

محدود به کمرنگ‌ساختن اعتبار حقوق نمی‌شود، بلکه علاوه بر این، باعث ابهام خود حقوق می‌شود. بنابراین ممکن است عادلانه‌تر ساختن حقوق، به قیمت ازدست‌رفتن امنیت حقوقی تمام شود. به عبارت دیگر، اعمال انصاف، صرفاً منتج به ضعیف‌شدن رعایت حقوق نمی‌شود، بلکه خود قواعد حقوق، غیرقطعی می‌شود. اگرچه مطلوب است که قواعد حقوقی باید عادلانه باشد، شاید مطلوب‌تر آن است که باید معین، واضح و قابل پیش‌بینی باشد.

۱۰. دلایل اعمال انصاف

طرفداران انصاف بر این باورند که هدف هر نظام حقوقی، محقق‌ساختن عدالت در روابط اجتماعی است. برای احراز هدف یادشده، قواعدی وضع شده و توسط مراجع صالح اجرا می‌شود. با این حال، خالق قاعده نمی‌تواند از قبل، تمام قضایایی را که در آینده بروز پیدا خواهد کرد، پیش‌بینی کند. به این ترتیب ممکن است در بعضی قضایا که هنگام وضع قاعده از نظر او دور مانده‌اند، اعمال دقیق قواعد مزبور به نتایجی بینجامد که به‌طور آشکار، غیرمنصفانه باشند. در این صورت، انصاف به کمک حقوق شتافته و به قاضی اختیار می‌دهد تا با ارزیابی و دادن اهمیت شایسته به هر یک از اوضاع و احوال، امکان تطبیق قاعده با قضیه موردنظر را فراهم کند. بنابراین می‌توان گفت که انصاف با کمک به صدور رأی منصفانه، بی‌عدالتی ناشی از کلی بودن قاعده و عدم امکان پیش‌بینی همه قضایا را برطرف و استفاده از آن را تجویز می‌کند تا عدالت که هدف هر نظام حقوقی است، بهتر محقق شود.^۱ مخالفان انصاف توجه ندارند که اصولی همچون منع دارا شدن ناعادلانه، سوءاستفاده از حق و بسیاری از اصول دیگر حقوقی، از طریق انصاف به حقوق راه یافته‌اند و عدم پذیرش آن، مانع توسعه حقوق می‌شود.

بعضی حقوق‌دانان معتقدند حتی ایراد مخالفان به ضعف نظری انصاف، نقطه قوت آن نیز به حساب می‌آید زیرا اگر این منبع خلاق که به حقوق معنا می‌بخشد در چارچوب تعریف و معیارهای عینی محدود شود، خلاقیت آن پایان می‌پذیرد و دیگر نمی‌توان انتظار داشت کمکی به انعطاف‌پذیری حقوق بکند.

نتیجه

برابر بررسی‌های انجام‌شده، مشخص شد که استناد و بهره‌گیری از انصاف در ادبیات

1. ICJ Reports 1982, Tunisia- Libya Continebtal Shelf Case, Sep.Op.Arechaga, P 106, Para 104

تخصصی حقوقی، پیشینه و تاریخ مشخص دارد و بهره‌گیری از این مفهوم الهام‌بخش، در حقوق رو به فزونی گذاشته و تأثیرات بسیاری در حوزه‌های مختلف حقوق برجای گذاشته است. در همین فرایند تاریخی است که معنابخشی به واژه انصاف نیز سیر طبیعی خود را طی کرده است. لذا انصاف اگرچه در تقسیم‌بندی مفاهیم، آن گونه که در فلسفه و منطق ارائه می‌شود، «مفهومی کلی» است، لیکن مفهومی نیست که در عالم حقوق، صرفاً مبتنی بر انتزاع فکری برخی محققین یا متفکرین مطرح شده باشد، بلکه در کنار انتزاعات فکری حقوق‌دانان و محافل علمی ذی‌ربط، تاریخ مشخص عملی و کاربردی و واقعی را پشت سر گذاشته و در رویه‌های مختلف قضایی مطرح شده است.

تبیین انصاف و رابطه آن با حقوق از منظر آرای اندیشمندان مختلف، چگونگی تأثیرگذاری فرهنگ‌های مختلف در شکل‌گیری مفهوم انصاف و کاربردهای آن، دلایل موافقان و مخالفان بهره‌گیری از انصاف در حقوق، کارکردهای مهم انصاف در حقوق، بنا به تقسیم‌بندی منطقی که استادان حقوق ارائه کرده‌اند (در جهت تعدیل قواعد یا تصحیح قواعد یا تکمیل قواعد موجود)، از جمله محورهای مهمی بود که با رعایت فشرده‌گی و ایجاز بیان شد. در این رهگذر مشخص شد که نقش‌آفرینی انصاف در حقوق، مبتنی بر ضوابط مشخصی انجام می‌شود و کلیه تلاش‌های مربوط به اعمال انصاف در حقوق، در قلمرو دانش حقوق اعمال می‌شود ولو اینکه مفسر یا اعمال‌کننده انصاف از پشتوانه‌های فکری ماقبل حقوق، از جمله نظام ارزش‌ها و ظرفیت‌های فرهنگی نیز بهره گرفته باشد.

عدم قطعیت در تعریف انصاف، به ظاهر امر، کاستی است. با این حال، افزایش درجه قطعیت به معنای کاستی در تفسیرپذیری است که به نوبه خود، کاهش اثر اصل را موجب می‌شود. پس شاید عدم قطعیت و مقاومت در برابر تعریف، ضعفی برای اصل انصاف نباشد بلکه به نوبه خود، امتیازی محسوب شود که باید بهتر از آن استفاده کرد. این تفسیرپذیری در کنار کاربردهای گوناگون موجب می‌شود از یک مفهوم، تعداد کثیری از قواعد حقوقی در حوزه‌های متنوع دانش حقوق شکل گیرد و حجم بزرگ‌تری از فضای خلأ را پوشش دهد. پس بهتر است به جای منفی‌دیدن دامنه مفهومی و دشواری تعریف انصاف، فرصت را به‌درستی غنیمت شمرد تا از وسعت تفاسیر آن، بهترین استفاده ممکن را برد، بدان امید که به تدریج، تعریفی جامع و مانع ارائه شود و تمامی (یا بیشترین) وسعت ممکن از حقوق را توجیه کند.

همان گونه که در این مقاله مشخص شد، ارتباط انصاف با کلیدواژه‌هایی همانند عدالت،

برابری، حق، بردباری و شفقت و برخی موارد مشابه دیگر را در اظهارنظرهای حقوق دانان مختلف یا در تحلیل‌های قضات در رسیدگی به مصادیق معین در سطح داخلی یا بین‌المللی و در عبارت‌پردازی اسناد مختلف و مقررات موضوعه متنوع می‌توان مشاهده کرد. در خصوص هر یک از کلیدواژه‌های یادشده، بحث‌های نظری مفصلی از دیرباز انجام شده و بعضاً مکاتب فکری متنوعی در مورد نوع نگرش به این مفاهیم نیز شکل گرفته است؛ چنانچه می‌توان این تکرر مطالعات را در حیطه‌های مربوط به فلسفه، مفهوم، کارکردها و آثار حق یا برابری یا عدالت مشاهده کرد. فارغ از بحث‌های نظری مربوط به هر یک از مفاهیم یادشده، این مهم است که در ادراک انصاف یا اعمال آن در حقوق، توجه شود که لاجرم در مواردی انصاف با برخی از این مفاهیم، همنشینی، هم‌پوشانی و هم‌افزایی می‌کند و این امر منطقی و توجیه‌پذیر است. لذا باید از مرزبندی‌های توهمی پرهیز کرد. برای درک بهتر موضوع و ظرایف قابل تحلیل آن در حقوق، به مطالعات زبان‌شناسی و جامعه‌شناسی نیز نیاز است.



منابع

الف) فارسی

- افشار، حسن. (۱۳۴۶). کلیات حقوق تطبیقی، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- کاتوزیان، امیر ناصر. (۱۳۶۵). فلسفه حقوق، جلد اول، تهران: بهشهر.
- مظاهری، معصومه و آل اسحق، خوئینی زهر. (۱۳۹۰). «قاعده فقهی، حقوقی انصاف»، فصلنامه مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ۲۷، ۱۳۵-۱۶۴.
- میرعباسی، سید باقر و باقرزاده، رضوان. (۱۳۸۹). «نقش انصاف در حل و فصل اختلافات بین المللی»، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۴۰، شماره ۲، تابستان.

ب) انگلیسی

- Brown, B. F. (1967) "Jurisprudence. By Ba Wortley. Manchester: Manchester University Press; New York: Oceana Publications, Inc., 1967. Pp. Xxi, 473. \$9.00". The American Journal Of Jurisprudence, 12, 232-235
- Burke, C. J.(2011). *The Equitable Theory Of Humanitarian Intervention*. Doctor of Laws of the European University Institute
- Devine, S. W. (1989). "Polyconnotational Equity and the Role of Epieikeia in International Law." Tex. Int'l LJ, 24,149
- Falcon Y Tella, M. J. T. B. P. M. (2008) *Equity And Law*, Martinus Nijhoff Publishers
- Fellmeth, A. Horwitz, M.(2009) *Guid to Lain in International Law*, Oxford
- Franck, T. M. (1995). *Fairness in international law and institutions*, Clarendon Press Oxford
- Friedmann, W. (1967). *Legal theory*, London, Stevens
- Gourgourinis, A. (2009). "Delineating The Normativity Of Equity In International Law". International Community Law Review, 11, 327-347
- Kamali, M. H. (2005). *Equity And Fairness In Islam*, Islamic Texts Society
- Lowe, V. (1988). "Role of Equity In International Law", The. Aust. YBIL, Vol 12
- Makdisi, J. (1985). "Legal Logic And Equity In Islamic Law". The American Journal Of Comparative Law, 33, 63-92
- Monique, C. G. (1991). "Equity". In: Bedjaoui, M. (Ed.) *International Law: Achievements And Prospects*. Martinus Nijhoff Publishers
- Newman, R. A. (1961). *Equity And Law: A Comparative Study*, Oceana Publications
- Newman, R. A. (1964). "Place And Function Of Pure Equity In The Structure Of Law", The. Hastings Lj, 16
- Orfield, L. B. (1929). "Equity As A Concept Of International Law". Ky. Lj, 18,

- Razi, G. (1963). *Reflections On Equity In The Civil Law Systems*. Am. UJ Rev., 13, 24
- Rothpfeffer, T. (1972). “*Equity In The North Sea Continental Shelf Cases-A Case Study In The Legal Reasoning Of The International Court Of Justice*”. Nordisk Tidsskrift Int'l Ret, 42, 81
- Schachter O. (1982). *International Law In Theory And Practice: General Course Of Public International Law*, Rcad
- Schachter, O. (1991). *International Law In Theory And Practice*, Nijhoff
- Trakman, L. (2007). “*Ex Aequo Et Bono: De-Mystifying An Ancient Concept*”. Chicago Journal Of International Law, 8.
- Weeramantry, C. G. (2004). *Universalising International Law*, Brill Academic Publication.p 247
- ICJ Reports (1969),North Sea Continetal Shelf Cases, Dissending Opinion.Morelli
- ICJ Reports (1982), Tunisia- Libya Continebtal Shelf Case, Separate .Opinion.Arechaga, P 106
- ICJ Reports (1984),Case Concerning Delimitation Of Maritime Boundary In The Gulf Of Maine Area, Dissending,Opinion.Gros.

