

تحلیل مفهومی داوری بر مبنای انصاف و نهادهای مرتبط

مرتضی شهبازی‌نیا*

دانشیار گروه حقوق خصوصی دانشکده حقوق دانشگاه تربیت مدرس

فیض‌الله جعفری

استادیار گروه حقوق دانشکده علوم انسانی دانشگاه بوعلی سینا

فاطمه حمیدیان

کارشناس ارشد حقوق خصوصی دانشگاه تربیت مدرس

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۵/۷/۱۹ - تاریخ تصویب: ۱۳۹۵/۱۰/۲۵)

چکیده

یکی از مهم‌ترین ویژگی‌هایی که موجب محبوبیت داوری تجاری بین‌المللی به‌عنوان یکی از شیوه‌های حل و فصل اختلافات در سطح بین‌المللی شده است، آزادی طرفین به‌منظور انتخاب قانون ماهوی قابل اعمال بر ماهیت اختلاف و نیز فرایند رسیدگی داوران است. این آزادی اراده تا حدی است که طرفین می‌توانند به داوران اجازه تصمیم‌گیری و صدور رأی مطابق با انصاف را بدهند. اگرچه بسیاری از قراردادهای بین‌المللی متضمن شرط داوری بر مبنای انصاف هستند، تعریف روشن، دقیق و حتی الزام‌آوری از آن در قوانین ملی و اسناد بین‌المللی ارائه نشده است. به‌علاوه، نهادهای مشابه دیگری نیز وجود دارد که تفکیک و مرز آنها با داوری بر مبنای انصاف معلوم نیست. نظر به اینکه داوری بر مبنای انصاف راه‌حل منعطف‌تر و آسان‌تری را نسبت به داوری بر مبنای قانون فراهم می‌کند و همچنین می‌تواند از طریق ایجاد یا اعاده تعادل قراردادی بین طرفین، همکاری متقابل آنها را حتی بعد از حل و فصل موضوع متنازع‌فیه تسهیل کند، مقاله حاضر درصدد تبیین و ابهام‌زدایی از این مفهوم و تفکیک آن از نهادهای مشابه در حوزه حل و فصل اختلاف‌های تجاری است.

واژگان کلیدی

انصاف، حقوق بازرگانی فراملی، داوری، صلح، قانون حاکم، کدخدانمشی.

۱. مقدمه

با توسعه تجارت بین‌الملل و جهانی شدن اقتصاد، داوری تجاری بین‌المللی به‌عنوان روشی برای حل و فصل اختلاف‌های تجاری بین‌المللی به‌سرعت رشد یافت، به‌نحوی که امروزه روشی معمول برای حل و فصل اختلاف‌ها محسوب می‌شود. با وجود نظرهای مخالف عده‌ای از حقوقدانان در خصوص ذات خارج از حقوق بودن این شکل از رسیدگی خصوصی (Drahozal, 2006)، باید اذعان داشت داوران اساساً متعهدند تا براساس قانون ماهوی قابل اعمال و معتبر تصمیم‌گیری کنند (Belohlavek, 2013: 26). رأی صادره از سوی داوران باید موجه، مستدل و مستند به اصول و مبانی حقوقی باشد. داوران نمی‌توانند اصول، قواعد و مقررات قانونی را نادیده بگیرند (شیروی، ۱۳۹۱: ۲۳۲). این امر مورد تأیید و تأکید قوانین ملی و اسناد بین‌المللی قرار گرفته است. برای نمونه، بند ۱ ماده ۳۵ قواعد داوری آنسیترال، بند ۱ ماده ۲۸ قانون نمونه آنسیترال، بند ۱ ماده ۲۱ مقررات داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی، بند ۱ ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران در مورد الزام داور به تصمیم‌گیری براساس قانون حاکم و ماده ۴۸۲ قانون آیین دادرسی مدنی ایران در خصوص لزوم موجه و مدلل بودن رأی و عدم مخالفت با قوانین موجد حق، مواد ۱۴۹۰ و ۱۵۱۱ قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه و نیز بند ۱ قسمت الف ماده ۴۶ قانون داوری انگلستان^۱ در مورد تعهد داوران برای صدور حکم بر مبنای قانون، همگی مؤید الزام داوران برای تصمیم‌گیری و صدور حکم بر مبنای قانون یا قواعد حقوقی حاکم هستند.^۲ از این رو لزوم تصمیم‌گیری و صدور رأی مطابق با مقرره‌های قانونی قابل اعمال، یک قاعده اصلی در داوری تجاری بین‌المللی است (Trakman, 2008: 5). با وجود این، در کنار تصمیم‌گیری و صدور حکم بر مبنای قانون حاکم به‌عنوان قاعده، بیشتر قواعد داوری اعم از قوانین ملی و کنوانسیون‌ها و قواعد داوری بین‌المللی، به داوران اجازه می‌دهند تا به‌عنوان استثنا و با شرایطی، اختلاف‌ها را مطابق با انصاف یا به‌طور کدخدامنشی حل و فصل کنند. در این مورد تفاوتی بین اختلاف‌های داخلی و بین‌المللی وجود ندارد. در عین حال، این شیوه از حل و فصل اختلاف در مقابل تصمیم‌گیری مطابق با قانون قابل اعمال تیرگی‌ها و

۱. همچنین است بند ۱ ماده ۴۲ کنوانسیون ایکسید، بند ۳ ماده ۲۲ قواعد داوری اتاق بازرگانی استکهلم (۲۰۱۰)، ماده ۲۲ قواعد داوری دادگاه داوری بین‌المللی لندن، بند ۲ ماده ۷ کنوانسیون اروپایی درباره داوری تجاری بین‌المللی (۱۹۶۱)، بند ۳ ماده ۱۰۵۱ قانون آیین دادرسی آلمان (ZPO)، بند ۱ ماده ۳۴ قانون داوری اسپانیا، ماده ۸۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی ایتالیا، ماده ۲۲ قانون داوری پرتغال (۱۹۶۸)، بند ۱ ماده ۱۸۷ قانون حقوق بین‌الملل خصوصی سوئیس (۱۹۸۷) و همچنین بند ۱ ماده ۳۳ قانون داوری بین‌المللی سوئیس (۲۰۰۶).

۲. البته به‌عنوان استثنا بر اصل در این مورد می‌توان به قواعد دیوان داوری (FIBA Arbitration Tribunal) (FAT) در زمینه حوزه اختلاف‌های ورزشی اشاره کرد. براساس این قواعد «اصول عدل و انصاف»، قانون قابل اعمال خواهد بود و داوران باید براساس این اصول عمل کنند، مگر آنکه طرفین به‌صراحت از آنها بخواهند وفق قوانین موضوعه اتخاذ تصمیم کنند، یعنی اصل بر اعمال انصاف است، مگر اینکه خلاف آن شرط شده باشد.

ابهاماتی دارد که ممکن است در عمل به بروز مشکلات عمده‌ای منجر شود. برخی از این شبهات حقوقی به شرح ذیل است:

الف) نخستین مسئله این است که معنا و مفهوم انصاف در حوزه داوری چیست؟ به عبارتی روشن‌تر، با توجه به نقش‌های متفاوت انصاف، هنگامی که داور مجاز به تصمیم‌گیری بر مبنای انصاف است، کدام‌یک از نقش‌های انصاف را اعمال می‌کند؟

ب) آیا داوران مجاز به اعمال انصاف می‌توانند هنگام اتخاذ تصمیم، قواعد حقوق بازرگانی فراملی را اعمال کنند؟ یا از منظر دیگر، اگر قواعد حقوق بازرگانی فراملی به‌عنوان قانون حاکم بر ماهیت اختلاف انتخاب شده باشند، آیا داوران می‌توانند دعوی مطروحه را براساس موازین منصفانه ارزیابی و حل و فصل کنند یا خیر؟

ج) مسئله دیگر، ارتباط این شکل از داوری با سازش و میانجی‌گری است. بین داوری بر مبنای انصاف و حل و فصل اختلاف از طریق سازش و میانجی‌گری چه ارتباطی وجود دارد؟ چه عاملی این دو شیوه حل و فصل اختلاف را از یکدیگر مجزا و متمایز می‌کند؟

د) آیا داوری با اختیار صلح همان داوری براساس انصاف است یا ماهیتی مجزا دارد؟

نظر به اهمیت موضوع، پژوهشی دقیق لازم است تا با از بین بردن ابهام‌ها و تردیدها و تیرگی‌های مفهومی داوری بر مبنای انصاف، ارتباط و تناسب آن با نهادهای دیگر معلوم شود. بنابر مراتب مذکور در این مقاله، به‌منظور شناخت بهتر ماهیت داوری بر مبنای انصاف، نخست ویژگی‌ها و مفهوم انصاف بررسی می‌شود. پس از آشنایی با مفهوم انصاف، نقش انصاف در داوری مطابق با انصاف تحلیل می‌شود. در نهایت این شکل از داوری با نهادهای مشابه دیگر یعنی تصمیم‌گیری مطابق با قواعد حقوق بازرگانی فراملی، حل و فصل اختلاف از طریق سازش و میانجی‌گری و داوری با اختیار صلح مقایسه می‌شود.

۲. ویژگی‌ها و مفهوم انصاف

پیش از پرداختن مفهوم داوری بر مبنای انصاف، ضروری است مفهوم انصاف روشن شود. از طرف دیگر، به‌نظر می‌رسد تعریف انصاف به بیان ویژگی‌های آن وابسته است. از این‌رو در ذیل ابتدا ویژگی‌های انصاف بیان شده و سپس براساس این ویژگی‌ها، انصاف تعریف می‌شود:

۲.۱. نخستین ویژگی انصاف این است که در برابر قواعد خشک و سخت و دقیق حقوقی

قرار می‌گیرد. انصاف در رابطه با این ویژگی سه نقش دارد:

الف) جرح و تعدیل مقررات موضوعه:^۱ قواعد حقوقی عام و کلی‌اند و اصولاً به‌طور یکسان در مورد همه قضایا اجرا می‌شوند. اما ممکن است موضوع و قضیه‌ای رخ دهد که به‌واسطه ویژگی خاص خود، از سایر قضایا متمایز شود و تحت شمول حکم کلی قانون قرار نگیرد. از این رو پافشاری بر اجرای قانون، نه‌تنها به راه‌حل درستی منتهی نمی‌شود، بلکه ممکن است به بی‌عدالتی بینجامد. در این موارد می‌توان با توسل به انصاف و تعدیل نتیجه ناشی از اعمال مقررات موضوعه، عیوب ناشی از کلی بودن قاعده را در هر مورد خاص از بین برد. در خصوص این نقش انصاف (تعدیل قانون)، شایان ذکر است که مرجع رسیدگی‌کننده نباید قاعده حقوقی را به‌طور کامل نادیده بگیرد، بلکه نتیجه تعدیل شده باید برگرفته از خود قاعده و قانون باشد و به تعبیر دیوان بین‌المللی دادگستری در قضایای صلاحیت ماهیگیری (۱۹۷۴)، «مسئله فقط یافتن راه‌حل منصفانه نیست، بلکه مسئله یافتن راه‌حل منصفانه ناشی از قانون حاکم است» (میرعباسی و باقرزاده، ۱۳۸۹: ۳۵۲). برای مثال، ضمن قرارداد فروش ملکی شرط شده که در صورت عدم تحویل مبیع در موعد مقرر، فروشنده باید وجه التزامی معادل ثمن معامله را بپردازد. چنانچه فروشنده چند روزی دیرتر از موعد تعیین شده در قرارداد مبیع را تحویل دهد، خریدار مطابق با قانون (ماده ۲۳۰ قانون مدنی) نسبت به دریافت وجه التزام محق است. اما آیا منصفانه است خریدار هم مالک مبیع شود و هم مالک ثمن؟ (کاتوزیان، ۱۳۷۷: ۶۸۵-۶۸۴). در این حالت است که باید مطابق با انصاف عمل کرد و نتیجه غیرمنصفانه ناشی از اعمال قانون را تعدیل و تلطیف کرد.^۲

ب) تکمیل مقررات موضوعه:^۳ امروزه تغییرات پویا در روابط تجاری بین‌المللی و انعقاد قراردادهای تجاری پیچیده به‌ویژه قراردادهای سرمایه‌گذاری، به ظهور فزاینده حوزه‌ها و زمینه‌هایی منجر شده است که یا هیچ قانون و مقرره‌ای در مورد آن وجود ندارد یا اینکه مقرره‌های موجود برای حل چنین موارد پیچیده‌ای نامناسب‌اند. چنین وضعیتی را خلأ در قوانین می‌گویند. در این خصوص اولاً تاکنون در هیچ موردی مراجع قضایی و دیوان‌های داوری با استناد به خلأ در قوانین، از صدور رأی خودداری نورزیده‌اند (رضوی‌زادگان، ۱۳۷۴: ۷۶)؛ ثانیاً مطابق مقررات ملی و بین‌المللی، دادرسان (اعم از قضات و داوران) نمی‌توانند به‌واسطه سکوت مقررات موضوعه از رسیدگی و صدور رأی در قضیه متنازع‌فیه خودداری کنند.

۱. در این حالت انصاف را *Infra Legam* (در چارچوب حقوق) می‌نامند که اجرای آن ذاتاً یک عمل قضایی است و نیاز به اجازه طرفین ندارد. به عبارتی، تعدیل، تفسیر و اعمال منصفانه مقررات موضوعه را بخشی از حقوق و جزء تکالیف مرجع رسیدگی می‌دانند خواه طرفین به آنها اجازه داده باشند، خواه آنها را مجاز نکرده باشند؛ چراکه معتقدند بین این انصاف و قانون قابل اعمال تمایزی وجود ندارد (Lowe, 1988: 5).

۲. برای دیدن مثال‌های بیشتر در این زمینه رک: Bertrand, 2005: 760-761.

۳. در این حالت انصاف را *Praeter Legam* می‌نامند و به پر کردن خلأ در قوانین اصطلاحاً "Gap Filling" می‌گویند.

از این رو خلأ در قوانین باید برطرف شود و یکی از راه‌حلهایی که برای رفع خلأ در قوانین مطرح شده، توسل و استناد به انصاف است. در واقع هر جا که قاعده حقوقی وجود نداشته باشد، می‌توان به نام انصاف از قاضی خواست که قاعده جدید و منطبق با مورد وضع کند. در واقع رجوع به انصاف و اصول کلی حقوقی در موضوعات خاص، هنگام مواجهه با خلأ در قوانین، هم مجاز است و هم لازم؛ چراکه تکلیف دادرس در حل اختلاف‌ها چنین امری را ایجاب می‌کند.

ج) انصاف فراتر از مقررات موضوعه:^۱ انصاف و اصول منصفانه در صورت تحقق شرایط لازم، به‌طور مستقل و بدون توجه به قوانین و معیارهای قانونی الزام‌آور، در اختلاف‌های موجود اعمال می‌شود. توضیح آنکه در صورتیکه طرفین اختلاف به‌طور صریح مرجع رسیدگی به اختلاف را مجاز به اعمال این نوع انصاف کنند، مرجع مزبور در تصمیم‌گیری، قواعد خشک و سخت حقوقی را کنار می‌گذارد و فقط براساس آنچه منصفانه و پسندیده است، حکم می‌دهد. در واقع دادرس (اعم از قاضی و داور) در این حالت به مقرره‌های دقیق و انعطاف‌ناپذیر قانونی متعهد و پایبند نیست (Btaszcak & Kolber, 2013: 190) و می‌تواند با تعدیل منافع طرفین و بدون رعایت تشریفات دقیق حقوقی، ملاحظات کلی انصاف را به‌منظور حل و فصل اختلاف‌ها به‌کار گیرد و حتی ممکن است نه‌تنها فراتر از قانون بلکه برخلاف قانون عمل کند.

دومین ویژگی انصاف وابسته بودن آن به اوضاع و احوال معین است. توضیح بیشتر آنکه برخلاف قواعد کلی حقوقی که بر تمام موقعیت‌ها به‌طور یکسان اعمال می‌شوند، انصاف برای رسیدن به نتیجه منصفانه، به اوضاع و احوال محیط بر هر قضیه معین توجه می‌کند. دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه تحدید حدود فلات قاره تونس- لیبی (۱۹۸۲) به این نکته اشاره می‌کند که: «آنچه در یک قضیه معین، معقول و منصفانه است، باید مبتنی بر اوضاع و احوال خاص آن باشد...» (رضوی‌زادگان، ۱۳۷۴: ۶۸). در واقع انصاف به‌جای در نظر گرفتن قواعد کلی و انتزاعی، صرفاً بر اوضاع و احوال خاص قضیه مطروحه متمرکز می‌شود (Manarakis, 2011: 179)، چراکه طرفین اختلاف می‌خواهند دادرس با اعمال انصاف، اوضاع و احوال جدید و متغیر را در روابط قراردادی‌شان مدنظر قرار دهد (Redfern & Hunter, 1991: 35).

۲.۲ سومین ویژگی انصاف این است که مجموعه قواعد از پیش تعیین‌شده نیست. به‌طور دقیق‌تر چون از یک طرف انصاف در قضایای معین و خاص اعمال می‌شود و از سوی دیگر اوضاع و احوال مربوط به هر قضیه با قضیه دیگر متفاوت است، پس قابلیت به نظم درآمدن در

۱. در این حالت، انصاف را *Contra Legam* می‌نامند.

چارچوب قواعد حقوقی را ندارد. بنابراین انصاف در هر موقعیت و در هر قضیه متفاوت خواهد بود (Btaszczak & Kolber, 2013: 199). به اعتقاد شویل، قاضی اسبق دیوان بین‌المللی دادگستری، «آنچه منصفانه است، مثل آب‌وهوای لاهه متغیر است» (میرعباسی و باقرزاده، ۱۳۸۹: ۳۴۹). بدین ترتیب همیشه به‌طور واضح روشن و مشخص نیست که اصول انصاف دقیقاً کدام است. براساس ویژگی‌هایی که برای انصاف برشمردیم، اکنون می‌توان انصاف را چنین تعریف کرد: «انصاف مفهومی است که به موجب آن مرجع حل اختلاف با در نظر گرفتن اوضاع و احوال هر قضیه خاص، به تعدیل یا تکمیل مقررات موضوعه می‌پردازد و یا فارغ از قواعد حقوقی، اختلاف‌های فی‌مابین طرفین را حل و فصل می‌کند».

۳. تعریف داوری بر مبنای انصاف

سؤال مهم و اساسی که در بخش حاضر باید پاسخ داده شود، این است که مفهوم و نقش انصاف در حوزه داوری و به‌ویژه داوری تجاری بین‌المللی چیست؟ به عبارتی دقیق‌تر زمانی که از داور خواسته می‌شود تا بر مبنای انصاف در ماهیت اختلاف اتخاذ تصمیم کند، کدام یک از نقش‌های انصاف مدنظر است؟ آیا هدف از دادن چنین اختیاری به داور، صرفاً تعدیل و تلطیف مقررات سخت قانون موضوعه است؟ یا اینکه داور با داشتن چنین اختیاری می‌تواند قواعد دقیق و انعطاف‌ناپذیر حقوقی را به‌منظور تصحیح بی‌عدالتی‌های ناشی از قانون نادیده بگیرد و فقط براساس آنچه منصفانه و منطبق با وجدان سلیم می‌داند، به حل و فصل اختلاف بپردازد؟ به‌طور خلاصه در داوری مبتنی بر انصاف، کدام یک از نقش‌های انصاف مدنظر است؟

در نگاه نخست به‌نظر می‌رسد انصاف به داور اجازه می‌دهد تا بی‌عدالتی‌های ناشی از ماهیت کلی، خشک و سخت قواعد قانونی را هنگام اعمال در مواقع خاص و جزئی تعدیل، اصلاح و منعطف کند. بنابر این نظر، همان‌طور که در بحث قبل اشاره شد، داور مجاز به اعمال انصاف، طی فرایند تصمیم‌گیری، در هیچ موقعیتی محق به بی‌توجهی و نادیده گرفتن معیارها و ضوابط قانونی نیست، بلکه فقط می‌تواند از طریق توسل به انصاف، ابهام‌ها و نتایج غیرمنصفانه ناشی از اعمال قواعد حقوقی را مرتفع سازد. پس براساس این دیدگاه تصمیم مبتنی بر انصاف در داوری‌های تجاری بین‌المللی، تصمیمی است که در پرتو قانون و مطابق با مقررات موضوعه اتخاذ می‌شود؛ لیکن می‌تواند سختی و خشکی قواعد حقوقی را تعدیل کند. اما باید گفت وقتی طرفین به‌روشنی اختیار تصمیم‌گیری براساس اصول منصفانه را به داور می‌دهند، انتظار دارند تا نتیجه‌ای متفاوت از تصمیم و حکم مطابق با قانون برای آنها حاصل شود و این مهم محقق نمی‌شود، مگر آنکه داور راه‌حل اختلاف را نه در قواعد خشک و صریح قانونی، بلکه در ملاحظات کلی انصاف و اصول منصفانه جست‌وجو کند (Herboczkova, 2008: 2).

Sampaio Caramelo, 2008: 574). اعمال انصاف زمانی به‌طور صحیح و صریح در آرای داوری دیده می‌شود که داور به‌جای آنکه رأی خود را بر قواعد کلی قانونی از پیش موجود مبتنی کند، بر اوضاع و احوال محیط بر قضیه پیش‌آمده استوار سازد. در این زمان است که می‌توان گفت رأی منصفانه است و نزدیک‌ترین و ملموس‌ترین ارتباط عینی را با موضوع اختلاف دارد (Sampaio Caramelo, 2008: 572-573). به‌علاوه وقتی که داوران با اعمال محدودیت‌های خاص، الزامات و مقررات دقیق قانونی را برای حصول نتیجه منصفانه کنار بگذارند و منحصراً بر اوضاع و احوال خاص اختلاف متمرکز شوند، تمایز بین داوری بر مبنای انصاف و داوری بر مبنای قانون قابل درک خواهد بود. ماده ۱۱۵ (۱) قواعد دیوان داوری بین‌المللی FIBA موافق با این نظر مقرر می‌دارد: «وقتی داور براساس اصول عدل و انصاف تصمیم می‌گیرد، او ملاحظات کلی عدالت و انصاف را بدون ارجاع به هر قانون بین‌المللی و ملی معین اعمال می‌کند» (Manarakis, 2011: 178). بر این اساس، وقتی که از داور خواسته می‌شود براساس انصاف تصمیم بگیرد، او مکلف و مقید به رعایت مرّ قانون نیست، بلکه می‌تواند مفهوم عدالتی را که از قواعد قانونی ناشی می‌شود و حتی ممکن است با آن مخالف باشد، در حل اختلاف‌ها اتخاذ کند (Yu, 2000: 179) تا بتواند بهترین و نزدیک‌ترین و قابل قبول‌ترین راه‌حل ممکن را برای حل مناقشات فی‌مابین طرفین به‌کار گیرد. بنابراین در داوری بر مبنای انصاف، هدف و نتیجه مورد نظر اهمیت دارد. هدف این است که اعمال قانون به نتیجه غیرمنصفانه منجر نشود و نتیجه داوری منطبق با انصاف نیز باشد. در این زمینه هر کدام از نقش‌های انصاف که ذکر شد، ممکن است به‌کار آید.^۱ داوری که مجاز به اعمال انصاف است، برحسب میزان اجازه‌ای که طرفین به او داده‌اند و شرایط دعوا و قانون حاکم بر آن، ممکن است انصاف را در جهت تعدیل نتایج اعمال قانون به‌کار گیرد یا اینکه از انصاف به‌عنوان مکمل قانون و رافع خلأهای آن استفاده کند یا حتی در صورتی که به‌هیچ‌وجه قانون و انصاف را قابل جمع نداند، با نادیده گرفتن قانون، صرفاً بر مبنای آنچه منصفانه می‌داند عمل کند (Belohlavek, 2013; Trakman, 2008).

۴. داوری بر مبنای انصاف و مفاهیم مرتبط

چنانکه گذشت در تصمیم‌گیری بر مبنای انصاف داور موظف و مقید به اعمال دقیق قواعد قانونی نیست. حال ضروری است تا رابطه این نوع داوری با حقوق بازرگانی فراملی، سازش و میانجی‌گری و نیز داوری با اختیار صلح تحلیل شود. این بررسی از یک سو، مفهوم داوری بر

۱. شایان یادآوری است که اعمال انصاف معیارهای عینی نسبتاً مشخصی دارد و داور در این موضع خودسر نیست و سلیقه‌ای عمل نمی‌کند. لیکن در این مقاله در مقام بیان آن معیارها نیستیم و آن را به مجال دیگر واگذار می‌کنیم.

مبنای انصاف را روشن می‌کند و از دیگر سو، تا حدودی گستره آن را مشخص می‌سازد؛ اگرچه گستره اختیارات داور در داوری بر مبنای انصاف موضوع این مقاله نیست.

۴.۱. داوری بر مبنای انصاف و اعمال حقوق بازرگانی فراملی

یکی از مسائلی که در خصوص داوری بر مبنای انصاف مطرح می‌شود، این است که آیا داور مجاز به اعمال انصاف، می‌تواند حقوق بازرگانی فراملی را هنگام اتخاذ تصمیم اعمال کند؟ یا از منظر دیگر، اگر حقوق بازرگانی فراملی قانون حاکم بر قرارداد و ماهیت اختلاف باشد، آیا داور محق است که دعوای مطروحه را بر مبنای ملاحظات منصفانه ارزیابی کند یا خیر؟ آیا تصمیم‌گیری بر مبنای انصاف و به‌طور کدخدامنشانه به لحاظ ماهوی با اتخاذ تصمیم براساس حقوق بازرگانی فراملی یکسان تلقی می‌شوند یا اینکه دو نهاد و فرایند جدا از هم هستند؟ به‌عبارتی دیگر رابطه تصمیم‌گیری بر مبنای انصاف و اتخاذ تصمیم براساس قواعد حقوق بازرگانی فراملی چیست؟ به‌نظر می‌رسد پیش از آغاز سخن و پرداختن به سؤالات مذکور، بیان نکات مختصری در مورد ماهیت و مفهوم حقوق بازرگانی فراملی جهت آماذگی ذهن خالی از فایده نباشد. از جمع تعاریف ارائه‌شده از سوی طرفداران حقوق بازرگانی فراملی (لندو، ۱۳۶۵: ۹-۸ جنیدی، ۱۳۹۰: ۱۳۱ و ۱۲۸؛ انصاری و مبین، ۱۳۸۹: ۴۳ و ۳۹؛ کلانتریان، ۱۳۷۴: ۱۱۳؛ دهمدار، ۱۳۹۳: ۱۹۰-۱۸۹؛ Pryles, 2008: 319؛ Bertrand, 2005: 759; Roba, 2011: 224-225) می‌توان عنوان مزبور را چنین تعریف کرد: مجموعه‌ای از قواعد نظام‌مند و اصول کلی حقوقی است که قدرت الزام‌آور آن از اراده دولت‌ها ناشی نمی‌شود، بلکه به شکلی خودرسته برای تنظیم روابط تجاری بازرگانان در سطح بین‌المللی تکوین پیدا کرده و به‌طور جهانی تصدیق شده است. مطابق این تعریف می‌توان گفت که مستقل بودن از نظام‌های حقوقی ملی و بین‌المللی، خودجوش بودن، عدم وابستگی به قوای دولتی و جهان‌شمول بودن، برجسته‌ترین ویژگی‌های حقوق بازرگانی فراملی است (انصاری و مبین، ۱۳۸۹: ۴۳). در خصوص تعداد منابع و عناصر تشکیل‌دهنده حقوق بازرگانی فراملی، بین صاحب‌نظران توافق وجود ندارد. برخی نویسندگان، منابع حقوق بازرگانی فراملی را حقوق بین‌الملل عمومی، قوانین متحدالشکل و نمونه، اصول کلی حقوقی، قواعد سازمان‌های بین‌المللی، عرف و کاربردها، قراردادهای استانداردها و آرای داوری منتشره می‌دانند (لندو، ۱۳۶۵: ۱۱-۱۵؛ خمایی‌زاده، ۱۳۸۵: ۲۲۴-۲۱۹). لیکن اصول کلی حقوقی، عرف‌ها و رویه‌های تجاری، آرا و رویه داوری‌های بین‌المللی و قواعد متحدالشکل تجارت بین‌الملل به‌عنوان اصیل‌ترین عناصر حقوق بازرگانی فراملی مشترکاً توسط طرفداران این مجموعه قواعد مورد توافق قرار گرفته است (Chukwumerije, 1994: 272). در مقابل، مخالفان به ناقص و کلی بودن و به‌تبع آن ابهام و اجمال ساختار قواعد حقوق بازرگانی فراملی اشاره کرده‌اند. آنها بر این باورند که عرف‌ها و

رویه‌های تجاری، کنوانسیون‌ها و قواعد متحدالشکل به‌طور مکرر در سطح بین‌المللی ایجاد می‌شوند، لیکن به اندازه کافی جامع، کامل و شفاف نیستند تا بتوانند نظام حقوقی بسیط و مستقلی را به‌منظور تنظیم معاملات تجاری بین‌المللی تشکیل دهند (ibid: 278). به‌علاوه هیچ مجموعه قواعد کامل و قابل دسترسی تحت عنوان حقوق بازرگانی فراملی وجود ندارد و عناصر پیش‌گفته فقط به‌عنوان مکمل قواعد حقوق ملی به‌کار می‌روند. از آنجا که این قواعد نیروی الزام‌آور خود را از حاکمیت دولت‌ها نمی‌گیرند و خودبه‌خود ایجاد می‌شوند، ضمانت اجرای مناسبی ندارند، از این‌رو نمی‌توانند جایگزین مناسبی برای قواعد ملی در روابط تجاری بین بازرگانان باشند. به همین دلیل تعداد بسیار کمی از آرای داوری تجاری بین‌المللی به‌صراحت به حقوق بازرگانی فراملی استناد می‌کنند (جنیدی، ۱۳۹۰: ۱۴۳-۱۴۲). با وجود اختلاف نظر مذکور، شایان توجه است که اخیراً بازرگانان، حقوق بازرگانی فراملی را به‌عنوان قانون حاکم بر روابط تجاری و قراردادهایشان انتخاب می‌کنند. در حقیقت امروزه طرفین دعوا ترجیح می‌دهند با انتخاب قواعد فراملی به‌منظور حل و فصل اختلاف از یک طرف به داوران آزادی عمل بیشتری برای انتخاب بهترین قاعده را بدهند و از طرف دیگر، خود را در موقعیت برابر قرار دهند (به این سبب که قانون دولت متبوع هیچ‌یک از آنها حاکم بر قرارداد نیست). به‌علاوه محاکم بسیاری از کشورها اغلب موافقت‌نامه داوری بین طرفین را که متضمن اجرای حقوق بازرگانی فراملی است یا حکمی را که بر مبنای این مجموعه قواعد صادر می‌شود، باطل و رد نمی‌کنند (لندو، ۱۳۶۵: ۳۰ و ۹؛ انصاری و مبین، ۱۳۸۹: ۴۳). با توجه به نکات مذکور، و با فرض پذیرش قابلیت اعمال حقوق بازرگانی فراملی در دعاوی تجاری بین‌المللی، در خصوص ارتباط بین تصمیم‌گیری بر مبنای انصاف و اعمال حقوق بازرگانی فراملی باید گفت وقتی طرفین به داوران اجازه می‌دهند بر مبنای انصاف و به‌طور کدخدامنشانه به حل اختلاف بپردازند، به‌طور معمول این اختیار دربرگیرنده اعمال قواعد حقوق بازرگانی فراملی نیز است. در حقیقت، داور مجاز به اعمال انصاف، نمی‌تواند خودسرانه و صرفاً براساس منطق ذهنی و درک شخصی خود از انصاف به اتخاذ تصمیم مبادرت کند؛ بلکه هنگام تصمیم‌گیری باید معیارها و ضوابطی را مدنظر قرار دهد و برای گریز از ایراد ذهنی و شخصی بودن داوری براساس انصاف، باید رأی صادره را بر مبنای اصول قابل قبول توجیه کند. از جمله شاخص‌هایی که کدخدامنش برای بررسی و ارزیابی اختلاف مطروحه بر مبنای انصاف در نظر می‌گیرد، اصول کلی حقوقی و عرف‌ها و رویه‌های تجاری است (Cermades & Plehn, 1984: 332; Pryles, 2008: 320; Lew,) (2013: 110). این دو معیار جزء اصیل‌ترین منابع و عناصر حقوق بازرگانی فراملی‌اند. پس داور با اعمال ملاحظات منصفانه به‌نحوی در حال اعمال حقوق بازرگانی فراملی نیز است (Pryles,)

۸۲ (2000: 320; Yu, 2000).^۱ به علاوه داور کدخدامنش به واسطه اعمال اصول کلی حقوقی و رویه‌های تجاری، به توسعه و رشد مجموعه قواعد حقوق بازرگانی فراملی کمک می‌کند (Maniruzzaman, 2003: 4). حتی می‌توان ادعا کرد که بسیاری از اصول و قواعد حقوق بازرگانی فراملی از آرای داورانی که بر مبنای انصاف عمل می‌کنند، استخراج شده است (5) (Herboczko, 2008: 48; Belohlavek, 2013). به‌زعم نویسندگانی مانند گلدمن^۲، شرط داوری براساس اصول عدل و انصاف بر ارجاع ضمنی و تلویحی به حقوق بازرگانی فراملی دلالت می‌کند (کلانتریان، ۱۳۷۴: ۳۷۸؛ جنیدی، ۱۳۹۰: ۱۲۹؛ ۴۷۰: Rubino-Sammartano, 2014). شباهت دیگر داوری بر مبنای انصاف و اعمال حقوق بازرگانی فراملی، این است که هدف طرفین از انتخاب هر یک از این دو، اجتناب از اعمال قواعد و مقررات حقوق ملی است که برای تنظیم معاملات تجاری بین‌المللی مناسب نیستند.

با وجود این شباهت‌ها، باید خاطر نشان کرد که تصمیم‌گیری مطابق با انصاف را نمی‌توان به لحاظ ماهوی با اعمال حقوق بازرگانی فراملی برابر تلقی کرد. به عبارتی دیگر، داوری براساس انصاف مشابه^۳ با اعمال حقوق بازرگانی فراملی است، اما با آن یکسان^۴ نیست. تفاوت این دو را می‌توان به شرح ذیل بیان کرد: اولین تفاوت در این است که حقوق بازرگانی فراملی، هرچند ناقص و مبهم باشد، مجموعه قواعد از پیش تعیین شده است (Weinberg, 1994: 232). بنابراین داور هنگام اعمال حقوق بازرگانی فراملی، مانند داوری که براساس قانون تصمیم می‌گیرد، فهرست معین و مشخصی از قواعد را بدون در نظر گرفتن ماهیت فراملی آنها اعمال می‌کند و رأی صادره بر مبنای قواعد حقوقی توجیه می‌شود (Belohlavek, 2013: 48; Bertrand, 2005: 619). اما در داوری منصفانه، تمرکز اصلی بر شرایط و اوضاع و احوال پرونده است و رسیدگی مطابق با واقعیت‌های موجود در پرونده و نه براساس قواعد محض قانونی، صورت می‌گیرد. در واقع داوری منصفانه اعمال قواعد قانونی نیست، بلکه اختیار ویژه‌ای است که به داوران اعطا می‌شود و آنها را محق می‌کند تا بدون توجه به مقررات قانونی بررسی کنند که آیا در وضعیت و اختلاف پیش‌آمده، انصاف قابل اعمال است یا خیر؟ (Bertrand, 2005: 759). تفاوت دیگر در نتایج متفاوت حاصل از اعمال هر یک از آنها در وضعیتی مشابه است. علت نتایج متفاوت این است که مصادیق و عناصر حقوق بازرگانی فراملی بسیار وسیع‌تر و متنوع‌تر از اصول منصفانه است (Maniruzzaman, 1999: 688). بنابراین راه‌حلی که مطابق با قواعد حقوق

۱. در اختلاف دو شرکت تجاری فرانسوی و یوگسلاوی درحالیکه دیوان داوری ICC مجاز به اعمال انصاف بود، قواعد حقوق بازرگانی فراملی را نیز برای حل و فصل اختلاف اعمال کرد (ICC Case. No.3267, 28 March 1984).

2. Goldman
3. Similar
4. Identical

بازرگانی فراملی ارائه می‌شود، لزوماً منصفانه نیست و حتی اگر مغایر با انصاف باشد، داور نمی‌تواند آن را نادیده بگیرد، مگر مجاز به اعمال انصاف باشد. اما در داوری به‌طور کدخدامنشانه نتیجه حاصله باید مطابق با ملاحظات منصفانه باشد. بدین سبب اگر کدخدامنش بخواید قواعد حقوق بازرگانی فراملی را اعمال کند، در درجه اول باید مطمئن شود که آیا راه‌حل ارائه‌شده برای اختلاف با انصاف سازگار است یا خیر (Bertrand, 2005: 759). برای مثال فرض کنید خریدار کالای خاصی متوجه عیب در مبیع تا سه سال پس از تسلیم نمی‌شود. براساس ماده ۳۹ کنوانسیون ۱۹۸۰ بیع بین‌المللی ایشیا، خریدار باید در مدت دو سال عیب کالا را به فروشنده اعلام کند. بنابراین داوری که مطابق با حقوق بازرگانی فراملی عمل می‌کند، می‌تواند به سبب محدودیت زمانی در کنوانسیون مذکور، اظهار و ادعای خریدار را برای وجود عیب نپذیرد (لندو، ۱۳۶۵: ۲۱). حال آنکه در کدخدامنشی، شاید غیرمنصفانه باشد که خریدار را از حق اقامه دعوا علیه فروشنده محروم کنیم. سومین تفاوت این است که اجازه و توافق قبلی طرفین به منظور اتخاذ تصمیم براساس انصاف ضروری است. چنین امری در بیشتر قوانین ملی و اسناد بین‌المللی جزء شرایط اساسی داوری بر مبنای انصاف است. درحالیکه در صورت عدم انتخاب قانون قابل اعمال بر ماهیت اختلاف، داور این اختیار را دارد تا حقوق بازرگانی فراملی را اعمال کند.^۱ چنین تمایزی همیشه از سوی طرفداران حقوق بازرگانی فراملی مطرح می‌شود تا داور به اتخاذ تصمیم بر مبنای انصاف بدون اجازه طرفین دعوا متهم نشود (Maniruzzaman, 2003: 6; Berger, 1997: 979). بنابراین درحالیکه داوران اختیار اعمال قواعد حقوق بازرگانی فراملی را دارند، ضرورتاً براساس انصاف و به‌عنوان کدخدامنشی عمل نمی‌کنند. با توجه به توضیحات مذکور می‌توان گفت که رابطه داوری بر مبنای انصاف و داوری مطابق با قواعد حقوق بازرگانی فراملی، به‌واسطه وجوه مشترک و مغایری که دارند، عموم و خصوص من‌وجه است.

۴.۲. داوری بر مبنای انصاف و شیوه‌های دوستانه حل اختلاف

نکته دیگری که در بحث از داوری بر مبنای انصاف نامعلوم جلوه می‌کند، ارتباط این شکل از داوری با شیوه‌های دوستانه حل و فصل اختلاف^۲ یعنی سازش^۳ و میانجی‌گری^۴ است. وجود برخی تشابهات، میانجی‌گری و سازش را به داوری بر مبنای انصاف نزدیک می‌کند. از جمله

۱. البته این امر در قوانینی صادق است که در صورت عدم انتخاب قانون از سوی طرفین به داوران حق انتخاب مستقیم قانون مناسب داده شده است و داوران ملزم به رجوع اولیه به قواعد حل تعارض نیستند، چراکه اعمال قواعد حل تعارض در هر صورتی به اعمال قوانین ملی منجر می‌شود نه قواعد غیردولتی.

2. Amicable Dispute Resolution

3. Conciliation

4. Mediation

اینکه در هر دو روش، طرفین دعوا از شخص یا اشخاص ثالث بی طرف تقاضا می کنند که به آنها کمک کنند تا بتوانند اختلاف های ناشی از رابطه قراردادی خود را به صورت دوستانه و به شیوه ای مسالمت آمیز حل و فصل کنند (شیروی، ۱۳۹۱: ۶۷). به عبارتی دیگر در هر دو پروسه، شخص ثالث (کدخدامنش یا میانجی گر) به درخواست طرفین تلاش می کند تا در محیطی دوستانه و توأم با همکاری و همفکری طرفین، بدون اینکه بین طرفین حالت تخاصم و ترافح وجود داشته باشد، اختلاف های مطروحه را تجزیه و تحلیل کند و به نتیجه و راه حل منصفانه ای برسد (Wall & Lynn, 1993: 164). همین ویژگی انعطاف پذیری سبب شده است که در معاملات تجاری و قراردادهای سرمایه گذاری بلندمدت، هر دو روش حل اختلاف مورد توجه چشمگیر بازرگانانی قرار گیرد که می خواهند روابط اقتصادی و تجاری خود را حتی پس از بروز اختلاف های قانونی حفظ کنند. نحوه رسیدگی به اختلاف دومین موردی است که این دو روش حل اختلاف را به یکدیگر بسیار نزدیک می سازد. همان طور که بیان شد، داور مجاز به اعمال انصاف، هنگام بررسی اختلاف، به جای اتکا بر اصول حقوقی و مقررات قانونی، به کلیه موقعیت ها و وضعیت های پیرامون یک اختلاف توجه می کند؛ همین روند در سازش و میانجی گری از سوی سازشگر انجام می گیرد. مطابق با بند ۳ ماده ۶ قانون نمونه آنتی ترال در مورد سازش تجاری بین المللی^۱ «سازش دهنده باید در روند سازش نسبت به طرفین اختلاف، رویه منصفانه ای را اتخاذ کند و در این جهت باید اوضاع و احوال هر مورد را در نظر بگیرد». بنابراین پیشنهاد پایانی سازش دهنده و میانجی گر، لزوماً بر مبنای موازین قانونی نیست، بلکه او با توجه به اوضاع و احوال قضیه تلاش می کند راه حلی منصفانه ارائه دهد تا مورد توافق طرفین دعوا قرار گیرد (Reif, 1990: 583). به دلیل همین تشابهات است که مخالفان سیستم کدخدامنشی با تأکید بر معایب داوری بر مبنای انصاف استدلال می کنند که اگر انعطاف پذیری زیاد مدنظر طرفین است، میانجی گری و سازش می تواند جایگزین مناسبی برای داوری دوستانه باشد (Herbozckova, 2008: 10). با وجود این شباهت ها، میان داوری بر مبنای انصاف از یک طرف و میانجی گری و سازش از طرف دیگر، تفاوت های اساسی وجود دارد که موجب می شود داوری بر مبنای انصاف با سازش و میانجی گری در یک دسته قرار نگیرند. برجسته ترین تفاوت بین داوری بر مبنای انصاف و سازش و میانجی گری عبارت است از اینکه پروسه کدخدامنشی به صدور رأی الزام آور برای طرفین منتهی می شود، در حالی که در میانجی گری و سازش وضعیت به این ترتیب نیست. با این توضیح که سازش دهنده نمی تواند رأساً در مورد قضیه رأی صادر کند، بلکه او پس از تحلیل و بررسی موضوع اختلاف تنها می تواند راه حل مدنظر خود را به منظور کمک به حل دوستانه اختلاف به طرفین پیشنهاد کند. راه حل پیشنهادی شخص ثالث

1. Uncitral Model Law on International Commercial Conciliation

الزام‌آور نیست و هرگز به طرفین تحمیل نمی‌شود و صرفاً در حد یک توصیه است. راه‌حل مزبور فقط هنگامی برای طرفین الزامی می‌شود که آنها با توافق یکدیگر پیشنهاد میانجی را بپذیرند. در این صورت این پیشنهاد، جایگزین رابطه قبلی و مبنای رابطه حقوقی آینده خواهد شد. لیکن اگر راه‌حل ارائه‌شده از سوی شخص ثالث مورد قبول طرفین قرار نگرفت، اثر حقوقی ندارد (یوسفزاده، ۱۳۸۱: ۱۰). اما پروسه داوری بر مبنای انصاف با صدور یک رأی الزام‌آور به پایان می‌رسد و برخلاف میانجی‌گری، رأی صادره از سوی کدخداننش بدون نیاز به توافق طرفین برای آنها الزام‌آور است. در حقیقت، با اینکه در کدخدانمنشی، داور ملزم به رعایت موازین قانونی نیست و می‌تواند با چشم‌پوشی از مقررات موضوعه و صرفاً بر مبنای موازین و ملاحظات منصفانه تصمیم‌گیری کند، همچنان در چارچوب و ساختار داوری قرار دارد و مانند یک داور باید رأی لازم‌الاجرا صادر کند. به تعبیر یک نویسنده فرانسوی، داور مجاز به اعمال انصاف کماکان دارای قدرت قضایی است و می‌تواند اتخاذ تصمیم کند (Brierley, 1991: 472). بنابراین می‌توان پذیرفت که داوری بر مبنای انصاف تراضی بر این است که شخص ثالث در مورد اختلاف حکم صادر کند، ولی سازش تراضی به این است که شخص ثالث صرفاً پیشنهادی در مورد نحوه صلح تهیه و ارائه کند. چنین تمایزی نیز موجب برتری داوری بر مبنای انصاف نسبت به سازش و میانجی‌گری می‌شود؛ چراکه در کدخدانمنشی این اطمینان برای طرفین وجود دارد که اختلاف مطروحه به‌صورت قاطع فیصله می‌یابد، اما حل‌وفصل در میانجی‌گری از این قطعیت برخوردار نیست و ممکن است به دلیل عدم حصول توافق، میانجی‌گری با شکست مواجه شود و طرفین با وجود صرف هزینه و وقت، ناگزیر به شیوه‌های دیگری برای حل‌وفصل اختلاف متوسل شوند (درویشی هویدا، ۱۳۹۰: ۱۲۵). بنابر مراتب یادشده، باید افزود که آزادی اراده و نقش طرفین در میانجی‌گری بسیار پررنگ‌تر از داوری بر مبنای انصاف است. به بیان دیگر، در داوری منصفانه تصمیم‌گیرنده نهایی کدخدانمنش است و طرفین دعوا در نتیجه و سرانجام داوری دخالت مستقیمی ندارند، اما در میانجی‌گری تأثیر و اجرای پیشنهاد ارائه‌شده از سوی میانجی‌گر تنها با توافق و رضایت طرفین امکان‌پذیر است (Voilard & Vagenheim, 2008: 644). شایان ذکر است که سازش و میانجی‌گری مشمول مقررات قانونی متفاوتی از قواعد مربوط به داوری (از جمله داوری بر مبنای انصاف) می‌شود. برای نمونه می‌توان به مقررات در زمینه شیوه‌های دوستانه حل اختلاف اتاق بازرگانی بین‌المللی اشاره کرد. بند ۹ ماده ۱ قانون نمونه سازش تجاری بین‌المللی آنسیترال (۲۰۰۲) نیز مقرر می‌دارد: «مقررات این قانون نسبت به تلاش‌های آشتی‌جویانه دادرسان و داوران که در فرایند دادرسی و داوری انجام می‌پذیرد، قابل اعمال نیست». همچنین، داوری بر مبنای انصاف در بحث از قانون ماهوی قابل اعمال بر ماهیت اختلاف و ذیل ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران

مورد تصریح قانونگذار قرار گرفته، حال آنکه مقررات مربوط به سازش در ماده ۲۸ همان قانون پیش‌بینی شده است.

با توجه به توضیحات یادشده داوران هرگز نمی‌توانند در مقام و شأن یک میانجی‌گر قرار گیرند، حتی زمانی که براساس قانون یا از سوی طرفین مجاز می‌شوند بر مبنای اصول عدل و انصاف عمل کنند و طرفین اختلاف را برای حل دوستانه اختلافشان ترغیب کنند.

۳.۴. داوری بر مبنای انصاف و داوری با اختیار صلح

اصطلاح داوری با اختیار صلح در قوانین بین‌المللی داوری و نیز قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران نیامده است. این اصطلاح نخستین بار در ماده ۱۹ قانون حکمیت ۱۳۱۳ پیش‌بینی شد. پس از آن، این عبارت با کمی تغییر در ماده ۶۵۹ قانون آیین دادرسی مدنی ۱۳۱۸ درج شد. هم‌اکنون نهاد داوری با اختیار صلح در ماده ۴۸۳ قانون آیین دادرسی ۱۳۷۹ بیان شده است.^۱ نظر به اینکه در قانون آیین دادرسی مدنی (۱۳۷۹) در خصوص انصاف و نقش آن در داوری بحثی مطرح نشده، این سؤال به ذهن می‌رسد که آیا داوری با اختیار صلح که در این قانون آمده است، همان داوری بر مبنای انصاف در حوزه داوری تجاری بین‌المللی است یا اینکه ماهیتی مجزا از این شیوه داوری دارد؟^۲ حقوقدانان درباره این سؤال اتفاق نظر ندارند. به تعبیر برخی نویسندگان، داورانی که حق صلح دارند، در عین حال وکیل در مصالحه هم هستند. آنها معتقدند در چنین حالتی داور از یک طرف وکیل است که می‌تواند از طرف موکل خود عمل کند و دعوا را به صلح و سازش خاتمه دهد و از طرف دیگر داور است. او می‌تواند هم به‌عنوان وکیل، قرارداد صلح منعقد کرده و هم براساس انصاف رأی صادر کند. البته لازم نیست قرارداد و رأی جداگانه‌ای تنظیم شود، بلکه رأی که داور براساس اختیار صلح صادر می‌کند، در واقع هم صلح‌نامه است و هم رأی. آنان به‌منظور تقویت استدلال خود به آرای استناد می‌کنند که در آن داور اختیار صلح داشته و عنوان وکالت نیز برای او به‌کار رفته است (صفایی، ۱۳۸۸: ۳۰؛ مهاجری، ۱۳۹۱: ۲۸۷). از جمله، رأی شعبه یک دیوان عالی کشور مقرر می‌دارد: «ماده ۶۵۹ قانون آیین دادرسی مدنی [ماده ۴۸۳ فعلی] ناظر به صلحی است که داور راجع به دعوی مطروح در دادگاه و مرجوع به او انجام می‌دهد و دادگاه قانوناً ملزم به اجرای

۱. ماده ۴۸۳ قانون آیین دادرسی مدنی: «در صورتی که داوران اختیار صلح داشته باشند می‌توانند دعوی را به صلح خاتمه دهند. در این صورت صلح‌نامه‌ای که به امضای داوران رسیده باشد، معتبر و قابل اجراء است».

۲. مسئله این است که آیا داوری با اختیار صلح در ماده ۴۸۳ ماهیتاً نوعی داوری بر مبنای انصاف در حوزه داوری داخلی است یا خیر؟ همان‌طور که در قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه در بخش مربوط به داوری (۲۰۱۱)، داوری بر مبنای انصاف هم در حوزه داوری داخلی و هم در داوری بین‌المللی به ترتیب در مواد ۱۴۹۰ و ۱۵۱۲ پیش‌بینی شده است.

هر صلح یا اصلاحی که متداعیین یا داور و وکیل اصلاحی نموده باشد، نمی‌باشد.^۱ بنابراین به نظر آنها، بدین سبب که داوران با اختیار صلح، وکیل طرفین دعوی هستند، توافق و امضای تمامی آنها هنگام صدور رأی ضروری است، در غیر این صورت رأی اصلاحی معتبر نخواهد بود (مهاجری، ۱۳۹۱: ۲۸۷). هیأت عمومی دیوان عالی کشور نیز در یک رأی اصراری اتفاق نظر و امضای جمعی داوران را برای اعتبار رأی صادره الزامی می‌داند.^۲ در مقابل عقیده مزبور، گروهی دیگر، داوری با اختیار صلح را ماهیتاً با داوری بر مبنای انصاف یکسان می‌دانند. به باور آنها، چون داوری بر مبنای انصاف با فرهنگ و حقوق سنتی ما ناسازگار بوده است و حقوقدانان و استادان با این عبارت آشنایی چندانی نداشتند، به داوری براساس انصاف شکل دیگری دادند و از آن به «داوری با اختیار صلح» یاد کردند. آنها ادامه می‌دهند داوری با اختیار صلح در واقع همان داوری بر مبنای انصاف است، لیکن به منظور هماهنگی با حقوق داخلی با عنوان داوری با اختیار صلح بومی‌سازی شده است (صفایی، ۱۳۸۸: ۲۹). به نظر می‌رسد دیدگاه اخیر قابل دفاع باشد؛ با این توضیح که داوری هرگز نمی‌تواند با وکالت جمع شود، چراکه اولین شرط در داوری، بی‌طرفی و استقلال داور و دادرس است. به عبارتی روشن‌تر، درحالی‌که وکیل با تمام امکانات حقوقی به دنبال اثبات وقایع و بهره‌گیری از آن در جهت منافع موکل برمی‌آید، داور در هر صورت باید صفت بی‌طرفی و مقام قضاوت را حفظ کند. هرچند این ویژگی در داوری با حق صلح و بر مبنای انصاف اندکی کمرنگ می‌شود. داور باید قواعد دادرسی و داوری را به‌نحوی اعمال کند که زمینه برای بیان اظهارات و ادله طرفین به‌صورت مساوی فراهم باشد، لیکن این امور با ماهیت وکالت قابل جمع نیستند. داور چگونه می‌تواند همزمان از یک سو وکالت خود را از دو طرف اعمال کند، به‌صورتی که مصلحت آنها رعایت شود، و از طرف دیگر بتواند نقش قضاوتی خود را ایفا کند، به‌نحوی که تساوی حفظ شود و در معرض اتهام طرفداری قرار نگیرد؟ هدف اصلی دخالت داور حتی با وجود داشتن حق صلح و اعمال انصاف حل و فصل اختلاف است و وکیل هرگز نمی‌تواند در مقام قضاوت باشد و شأن داور و وکیل را همزمان ایفا کند. در نتیجه جوهره وکالت در داوری با حق صلح وجود ندارد و اساساً قابل قیاس با یکدیگر نخواهند بود (خدابخشی، ۱۳۹۳: ۱۵۰-۱۴۸). بدین ترتیب می‌توان گفت همانند داوری بر مبنای انصاف، داورانی که اختیار صلح دارند، مکلف به اجرای قواعد حقوقی نیستند. آنان می‌توانند براساس انصاف اختلاف طرفین را فیصله داده و تنها ملاحظات منصفانه را مبنای رأی قرار دهند (شمس، ۱۳۸۷: ۵۴۹). شایان ذکر است که با توجه به نکات مذکور در صورت تعدد

۱. حکم شماره ۱۷۷۳ مورخه ۱۳۳۱/۱۱/۹، همچنین است رأی شعبه ۴ دیوان: «اعمال حق اصلاحی فقط دو نفر از داورها که مبنای آن وکالت اصلاحی سه نفر می‌باشد موافق قانون نخواهد بود» (رأی شماره ۱۵۴۹ مورخ ۱۳۲۸/۸/۲۹).
 ۲. رأی شماره ۶۱۵ مورخه ۱۳۳۰/۰۶/۷ صادره از هیأت عمومی دیوان عالی کشور.

داوران در موضوع رسیدگی، رأی اکثریت ملاک اعتبار خواهد بود (بند ۱ ماده ۳۰ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران). رأی اصراری شماره ۲۶۳۹۷ مورخ ۱۳۳۸/۷/۲۸ نیز مؤید همین نظر است. به موجب این رأی «... اساساً در مورد بحث حاضر طرفین توافق در امر داوری کرده‌اند نه وکالت اصلاحی و اکثریت داورها هم پس از رسیدگی و ورود در جریان امر و نفع و ضرر شرکت... نتیجتاً فرجام‌خوانندگان را نسبت به مبلغ معین ذی‌حق تشخیص داده منتهی نتیجه را به صورت صلح درآورده و این صورت در واقع و حقیقت حکمی بوده منتهی به صورت صلح و اظهار عقیده اکثریت...» (کارخیران، ۱۳۹۲: ۳۱۵).

۵. نتیجه

داوری بر مبنای انصاف طریقی از حل و فصل اختلاف با درجه انعطاف‌پذیری بسیار بالاست که نسبت به داوری مبتنی بر استدلال‌های محض قانونی، به راه‌حل‌های منصفانه‌تر و قابل قبول‌تری منجر می‌شود. بدین سبب، امروزه این شیوه از رسیدگی در بیشتر قوانین ملی و اسناد بین‌المللی مربوط به داوری تجاری پذیرفته شده است. پس از بررسی و تحلیل عقاید نویسندگان و رویه داوری تجاری بین‌المللی در خصوص داوری بر مبنای انصاف روشن می‌شود: وقتی که از داور خواسته می‌شود تا بر مبنای انصاف در ماهیت اختلاف مطروحه تصمیم‌گیری کند، او مکلف و مقید به رعایت مراً قانون نیست، بلکه این اختیار را دارد تا الزامات و مقررات دقیق قانونی را نادیده بگیرد و منحصرأ بر اوضاع و احوال محیط بر قضیه متنازع‌فیه متمرکز شود تا بدین طریق بتواند منصفانه‌ترین، نزدیک‌ترین و قابل قبول‌ترین راه‌حل ممکن را برای حل مناقشات فی‌مابین طرفین به کار گیرد. حتی این اختیار به حدی است که داور می‌تواند نه تنها فراتر از مقررات قانونی بلکه برخلاف آنها نیز عمل کند. بدین ترتیب، تمایز داوری بر مبنای انصاف و داوری بر مبنای قانون در شیوه تصمیم‌گیری در ماهیت اختلاف به وضوح مشخص می‌شود. تحلیل دقیق شباهت‌ها و تفاوت‌های داوری بر مبنای انصاف و اتخاذ تصمیم براساس حقوق بازرگانی فراملی، آشکار می‌کند که رابطه بین آنها عموم و خصوص من‌وجه است. به این ترتیب، زمانی که داوران مجاز می‌شوند بر مبنای انصاف و به‌طور کدخدامنشی به حل اختلاف پردازند، به‌طور معمول این اختیار دربرگیرنده اعمال قواعد حقوق بازرگانی فراملی نیز است. درحالی‌که اعمال حقوق بازرگانی فراملی ضرورتاً به معنای تصمیم‌گیری براساس انصاف نیست. همچنین باید افزود که به هیچ عنوان سازش و میانجی‌گری با داوری در یک دسته قرار نمی‌گیرند و داوران هرگز در مقام و شأن یک میانجی‌گر باقی نمی‌مانند، حتی هنگامی که آنها با تجویز قانون یا از سوی طرفین مجاز می‌شوند بر مبنای اصول عدل و انصاف عمل کنند و طرفین دعوا را برای حل دوستانه اختلافشان ترغیب کنند. از طرفی دیگر، داوری با اختیار صلح مندرج در

ماده ۴۸۳ قانون آیین دادرسی مدنی ایران در ماهیت همان داوری بر مبنای انصاف در داوری‌های داخلی است. از این رو داورانی که حق صلح دارند، مکلف به اجرای قواعد حقوقی نیستند و می‌توانند اختلاف‌های مطروحه فی‌مابین طرفین را براساس انصاف فیصله دهند و رأی خود را بر مبنای منصفانه توجیه کنند.

منابع و مأخذ

الف) فارسی

۱. انصاری، علی؛ مبین، حجت (۱۳۸۹). «قواعد فراملی و داوری تجاری بین‌المللی و جایگاه آن در حقوق ایران». فصلنامه حقوق مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ش ۳.
۲. جنیدی، لعیبا (۱۳۹۰). «نظریه حقوق فراملی بازرگانی». فصلنامه حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ش ۱.
۳. حمیدیان، فاطمه (۱۳۹۴). نقش انصاف در داوری تجاری بین‌المللی. پایان‌نامه کارشناسی‌ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه تربیت مدرس.
۳. خدابخشی، عبدالله (۱۳۹۳). حقوق داوری و دعاوی مربوط به آن در رویه قضایی. ج سوم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۴. خممامی‌زاده، فرهاد (۱۳۸۵). «قواعد غیردولتی به‌عنوان قانون حاکم بر قرارداد». مجله تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی، ش ۴۳.
۵. درویشی هویدا، یوسف (۱۳۹۰). «مطالعه‌ای بر میانجی‌گری به‌عنوان روش دوستانه حل‌وفصل اختلافات». فصلنامه حقوق مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ش ۴.
۶. دل وکیو (۱۳۸۰). فلسفه حقوق، ترجمه جواد واحدی، ج اول، تهران: میزان.
۷. دهدار، فرزین (۱۳۹۳). «مبانی فلسفی حقوق بازرگانی فراملی». فصلنامه حقوق مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ش ۲، ص ۱۸۷-۲۰۶.
۸. رضوی‌زادگان، محمدرضا (۱۳۷۴). انصاف و جایگاه آن در حل اختلافات بین‌المللی. پایان‌نامه کارشناسی‌ارشد، حقوق بین‌الملل، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی.
۹. شمس، عبدالله (۱۳۸۷). آیین دادرسی مدنی (دوره پیشرفته). ج ۳، ج دوازدهم، تهران: دراک.
۱۰. شیروی، عبدالحسین (۱۳۸۵). «بررسی قانون نمونه آنسیترال در خصوص سازش تجاری بین‌المللی». مجله حقوق خصوصی پردیس فارابی دانشگاه تهران، ش ۱۰.
۱۱. ----- (۱۳۹۱). داوری تجاری بین‌المللی. ج اول، تهران: سمت.
۱۲. صفایی، سید حسین (۱۳۸۸). «داوری براساس انصاف و داوری با اختیار صلح». مجموعه مقالات همایش صدمین سال تأسیس نهاد داوری در حقوق ایران، به اهتمام محمد کاکاوند، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش.
۱۳. کاتوزیان، امیرناصر (۱۳۷۷). فلسفه حقوق. ج ۲، ج اول، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۱۴. کارخیران، محمدحسین (۱۳۹۲). کامل‌ترین مجموعه محشی قانون آیین دادرسی مدنی. ج ۳، ج اول، تهران: راه نوین.
۱۵. کلانتریان، مرتضی (۱۳۷۴). داوری (بررسی مهم‌ترین نظام‌های حقوقی جهان). ج اول، تهران: دفتر خدمات حقوق بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران.
۱۶. لندو، اول (۱۳۶۵). «حقوق بازرگانی فراملی در داوری تجاری بین‌المللی». ترجمه محسن مجبی، مجله حقوقی بین‌المللی، مرکز امور حقوقی بین‌المللی ریاست جمهوری، ش ۵.
۱۷. مهاجری، علی (۱۳۹۱). مبسوط در آیین دادرسی مدنی. ج ۴، ج سوم، تهران: فکرسازان.
۱۸. میرعباسی، سید باقر؛ باقرزاده، رضوان (۱۳۸۹). «نقش انصاف در حل‌وفصل اختلافات بین‌المللی». فصلنامه حقوق مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ش ۲.

۱۹. یوسف‌زاده، مرتضی (۱۳۸۱). قرارداد داوری. رساله دکتری، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران.

ب) خارجی

20. Belohlavek, A. J. (2013), “**Application of Law in Arbitration, Ex Aequo et Bono and Amiable Compositeur**”, *CYArb-Czech (& Central European) Yearbook of Arbitration: Borders of Procedural and Substantive Law in Arbitral Proceedings (Civil versus Common Law Perspectives)*, Vol. 3.
21. Berger, K. P. (1997), “**The Lex Mercatoria Doctrine and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts**”, *Law & Policy in International Business*, Vol. 28.
22. Bertrand, E. (2005), “**Amiable Composition: Report of ICC France Working Group**”, *International Business Law Journal*, Vol. 6.
23. Bertrand, E. (2008), “**Under What Circumstances Is It Suitable to Refer Disputes to Amiable Composition**”, *Int'l Bus. L.J.*, Vol. 8.
24. Błaszczak, L. ; Kolber, J. (2013), “**General Principles of Law and Equity as a Basis for Decision-Making in Arbitration**”, *Comparative Law Review*, Vol. 15.
25. Brierley, J. E. (1991), “**Equity and Good Conscience and Amiable Composition in Canadian Arbitration Law**”, *Can. Bus. Law Journal*, Vol. 19.
26. Chukwumerije, O. (1994), “**Applicable Substantive Law in International Commercial Arbitration**”, *Anglo-Am. L. Rev.*, Vol. 23.
27. Cremades, B. M. ; Plehn, S. L. (1984), “**The New Lex Mercatoria and the Harmonization of the Laws of International Commercial Transactions**”, *Boston University International Law Journal*, Vol. 2.
28. D. M. Lew, J. (2013), *Contemporary problems in international arbitration*, Springer Science & Business Media, Queen Mary College, University of London: Centre for Commercial Law Studies.
29. Drahozal, Christopher R. (2006), “**Is Arbitration Lawless?**”, *Loyola of Los Angeles Law Review*, Vol. 40.
30. Herbovczková, J. (2008), “**Amiable Composition in the International Commercial Arbitration**”, Available at: www.law.muni.cz.
31. Lowe, V. (1988), “**Role of Equity in International Law**”, *Aust. YBIL*, Vol. 12.
32. Manarakis, S. I. (2011), “**Applying the Applicable Law the Ex Aequo et Bono Provision of the FAT Rules**”, *International Sports Law Review Pandektis (ISLR/Pandektis)*, Vol. 9.
33. Maniruzzaman, A. (2003), “**The Arbitrator's Prudence in Lex Mercatoria: Amiable Composition and Ex Aequo Et Bono in Decision Making**”, *Mealey's International Arbitration Report*, Vol. 18(12).
34. Maniruzzaman, A. F. (1999), “**The Lex Mercatoria and International Contracts: A Challenge for International Commercial Arbitration?**”, *American university international law review*, Vol. 14, N 3.
35. Pryles, M. (2008), “**Application of the Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration**”, *UNSWLJ*, Vol. 31.
37. Reif, L. C. (1990), “**Conciliation as a Mechanism for the Resolution of International Economic and Business Disputes**”, *Fordham Int'l LJ*, Vol. 14.
38. Redfern, A. ; Hunter, M. (1991), *Law and practice of international commercial arbitration*, London: Sweet & Maxwell, Second ed.
39. Roba, R. M. (2011), “**Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration**”, *Journal of International Law*, Vol. 47(4).
40. Rubino-Sammartano, M. (1992), “**Amiable Compositeur (Joint Mandate to Settle (and Ex Bono et Aequo (Discretionary Authority to Mitigate Strict Law))**”: Apparent Synonyms Revisited. *J. Int'l. Arb.*, Vol. 9.
50. Rubino-Sammartano, M. (2014), *International Arbitration Law and Practice*, Third ed, Kluwer Law International.
51. Sampaio Caramelo, A. (2008), “**Arbitration in Equity and Amiable Composition under Portuguese Law**”, *Journal of International Arbitration*, Vol. 25, No. 5.

-
53. Shihata, I. F. ; Parra, A. R. (1994), “**Applicable substantive law in disputes between states and private foreign parties: the case of arbitration under the ICSID Convention**”, *ICSID Review*, Vol. 9(2).
54. Trakman, L. (2008), “**Ex Aequo Et Bono: De-Mystifying An Ancient Concept**”, *Chicago Journal of International Law*, Vol. 8, 2008; Available At: <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/cjil8&div=28&id=&page=>
55. Vuillard, E. ; Vagenheim, A. (2008), “**Why Resort to Amiable Composition**”, *International Business Law Journal*, Vol. 8
56. Wall, J. A. ; Lynn, A. (1993), “**Mediation a Current Review**”, *Journal of Conflict Resolution*, Vol. 37, No. 1
57. Weinberg, K. S. (1994), “**Equity in International Arbitration: How Fair is Fair-A Study of Lex Mercatoria and Amiable Composition**”, *BU Int'l LJ*, Vol. 12.
58. Yu, L. (2000), “**Amiable Composition—A Learning Curve**”, *Journal of International Arbitration*, Vol. 17, No. 1.
-