

## گذری بر داوری مبتنی بر انصاف و کدخدامنشی در حقوق تطبیقی

عبدالله خدابخشی\*

استادیار گروه حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه فردوسی مشهد

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۵/۹/۳ - تاریخ تصویب: ۱۳۹۷/۳/۲۷)

### چکیده

یکی از مزایای داوری، علاوه بر حذف تشریفات، انعطاف در رسیدگی ماهوی به اختلاف است. داور می‌تواند با اختیاری که از طرفین به دست می‌آورد، رسیدگی خود را بر مبنای انصاف قرار دهد و به صورت کدخدامنشانه قضاوت کند. اختیاری مهم که در مراجع قضایی معمول نیست، اما داور به خوبی می‌تواند از آن استفاده کرده و رأی عادلانه صادر کند. شناسایی این اختیار در عین حال، سرنوشت‌ساز است، زیرا طرفین و مراجع قضایی کنترل‌کننده باید بدانند داور براساس کدام مبانی و قواعد، به نتیجه مورد نظر دست یافته است؟ روح مشترک این نوع داوری‌ها که با عناوین مختلف معرفی می‌شوند، پرهیز از قواعد سخت و خشک قانون و پناه بردن به معیارهای منعطف برای تعدیل شرایط طرفین است. با این حال، این معیار، خود نیز ابهام دارد و از این رو شایسته است با نگرشی تطبیقی به این داوری، دقت در رویه‌های قضایی و اندیشه‌های حقوقی، آن را قابل کنترل و قابل درک کرد. موضوع مقاله حاضر شناسایی داوری مذکور و مفاهیم مرتبط با آن است.

### واژگان کلیدی

انصاف، دادگاه، داوری، کدخدامنشی، کنترل قضایی.

## ۱. مقدمه

عناوین داوری کدخدامنشانه<sup>۱</sup> و داوری مبتنی بر انصاف<sup>۲</sup>، مفاهیمی شایع و البته به همان اندازه، مبهم به نظر می‌رسند (Loquin, 1982:469). تلاش‌های بسیاری برای تعریف یا حداقل، تعیین عناصر این داوری‌ها، حدود اختیارات داور، تمایز نظری و عملی آن دو و دیگر فروع مسئله به عمل آمده است. با این حال، سایه ابهام هنوز باقی است و تجربه نشان می‌دهد هر اصطلاح دیگری نیز به جای این عناوین به کار رود<sup>۳</sup>، تنها سایه ابهام را بیشتر می‌کند (Hilgard & Brude, 2014:51).

به اجمال می‌توان دریافت که در این داوری‌ها، «حل و فصل مطلوب، دوستانه و مصالحه‌آمیز اختلاف»، از اهداف اساسی طرفین است (Kiffer, 2008: 626). از نظر خاستگاه تاریخی، هرچند ممکن است تصور شود که کشورهای گروه کامن‌لا به منظور آشنایی با مفهوم انصاف، زمینه‌ساز این داوری‌ها هستند؛ با این حال، باید ریشه آن را در حقوق فرانسه جست‌وجو کرد، زیرا حقوق کامن‌لا، به دلایلی که بیان خواهد شد، نگرش چندان مثبتی به آن نداشته است (yu, 1999: 43).

از میان عناوین و مفاهیم مورد استفاده یا به تعبیری، «داوری‌های خارج از قواعد عادی»، دو مفهوم «داوری کدخدامنشانه» و «داوری مبتنی بر انصاف» رواج بیشتری دارند؛ به ویژه اینکه قانون نمونه آنسیترال<sup>۴</sup> به آن دو تصریح دارد و از این رو باید وحدت یا تفاوت این مفاهیم، بررسی تطبیقی شود. دلیل دیگر اهمیت این مسئله، در این است که قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران (۱۳۷۶) نیز به آن توجه داشته و بدون تعیین آثار هر یک، تنها به طرفین اجازه داده است که از داوری مذکور بهره‌مند شوند. بنابراین شناخت این داوری، در گرو شناسایی جایگاه تطبیقی آن است.

1. Amiable Composition.  
2. ex aequo et bono.

۳. عباراتی مانند:

amiable composition or amiable compositeur, Billigkeit, honourable engagement, ex aequo et bono, equity principles.

4. NCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985) With amendments as adopted in 2006.

## ۲. جایگاه تطبیقی داوری منصفانه

### ۲.۱. نظام کامن‌لا

نظام کامن‌لا با وجود آشنایی با مفهوم انصاف، رویکرد مثبتی نسبت به داوری‌های خارج از قواعد مانند کدخدانمنشانه ندارد (Hilgard & Bruder, 2014: 52) و در این نظام، مدت‌ها، آرای خارجی که بر آن اساس صادر می‌شد، قابلیت اجرا نداشت (Weinberg, 1994. 236). این رویکرد، تا حدودی، با صدور رأی در سال ۱۹۸۷ (Eagle Star Insurance Co. v Yuval Insurance Co 1978) تغییر یافت. در انگلستان، ولز و ایرلند شمالی، تا پیش از تصویب قانون داوری ۱۹۹۶، دادگاه‌ها در مواجهه با داوری مبتنی بر انصاف، مخالفت یا انتقاد خود را مخفی نمی‌کردند. به اعتقاد قضات، داور باید قواعد شناخته‌شده حقوق را که در دعوی مختلف، مورد تفسیر و تأیید قرار گرفته است، اعمال کند (Orion Cia. Española de Seguros v Belfort Maat [1962] 2 Lloyd's List Law Reports: 257, 264). برای مثال، یکی از دادگاه‌های استیناف انگلستان در سال ۱۹۶۲ با حضور لرد دنینگ اعلام می‌دارد: «قانونی برای داور و قانونی دیگر برای دادگاه وجود ندارد بلکه تنها یک قانون برای هر دو حاکم است؛ ... وظیفه داور، رعایت قانون است نه تحقق انصاف و عدالت». یا در دعوی در سال ۱۹۷۸ اعلام شد که داوری بر مبنایی غیر از قانون، معتبر نیست. همچنین این دادگاه در سال ۱۹۶۲ بیان شد که «داوران نمی‌توانند معیارهای متفاوتی از قبیل انصاف را اعمال کنند». در توجیه مخالفت، از جمله گفته شده است که دادگاه‌ها باید بر آرای داوری نظارت داشته باشند و آرای مبتنی بر انصاف، قابل کنترل نیستند (Mauro, 2014: 692). یکی از قضات دادگاه استیناف در انگلستان، در دعوی (Czarnikow v Roth Schmidt & Co, 1922) در سال ۱۹۲۲ بیان می‌کند: «دادگاه‌ها باید نظارت کافی نسبت به داوران به‌عمل آوردند تا مطمئن شوند که قانون اعمال‌شده، همان قانون سرزمینی (قانون حاکم) است و نه قانونی که توسط هر داور به‌طور خاص طراحی می‌شود» (Lew, Loukas & Kröll, 2003: 357). حقوقدانان انگلیسی از رویکرد کدخدانمنشی و انصاف در داوری انتقاد می‌کنند، زیرا تجارب بدی در زمینه مفهوم انصاف دارند. گفته می‌شود که چون انصاف از منابع حقوق است، صلاح نیست اختیار دیگری در این زمینه به قاضی خصوصی اعطا شود. در سال ۱۹۶۲ دادگاه تجاری انگلستان در دعوی (Orion Compania v Belfort Maatschappij, 1962)، انتقاد قابل توجهی از داوری براساس انصاف، به‌عمل آورد؛ با این

۱. مفهوم «داوری مبتنی بر انصاف» با «انصاف» که مفهوم فضایی است، یکسان نیست، زیرا انصاف در معنای حقوق انگلیسی، مجموعه مقررات، معیارها، نظرها و اصولی است که به‌تدریج به‌وجود آمده است و در دعوی اعمال می‌شود، درحالی که داوری مذکور، مجموعه‌ای از مقررات و معیارها نیست، بلکه مسئولیتی است که برای حصول انصاف و عدالت به داور تفویض می‌شود (Hilgard & Elisa, 2014: 52).

مضمون که «شروط منصفانه بودن بی‌اعتبارند و اگر شروط مذکور فاقد اثر باشند، به این معناست که قراردادی منعقد نشده است، چراکه طرفین قصد انعقاد قراردادی الزام‌آور را ندارند و اگر رابطه الزام‌آوری در میان نباشد، رأیی که داور صادر می‌کند، مورد تأیید قانون نیست» (Noussia, 2014: 295).

در سال‌های اخیر، رویکرد منفی یا محتاطانه کامن‌لایی به این داوری، تعدیل شده است. برای مثال رویه قضایی انگلستان در سال ۱۹۸۸، آن را تأیید کرد؛ همچنان که در ایالات متحده از این رویکرد دفاع شده است (Noussia, 2014: 695). در انگلستان، بعد از تصویب قانون ۱۹۹۶ (مدلول قسمت (b) بند (1) ماده ۴۶)، برای تأیید داوری مورد نظر، راهی گشوده شد؛ به موجب این قسمت: در صورت توافق طرفین، می‌توان اختلاف را براساس آنچه آنها پذیرفته‌اند (از جمله انصاف یا عرف بازرگانی) یا مرجع داوری تعیین می‌کند، حل و فصل کرد. بر این اساس طرفین می‌توانند به داور اختیار تصمیم‌گیری دهند که شامل این نوع داوری هم می‌شود، بدون اینکه به‌طور خاص، نیازی به تصریح باشد. از این رو، دادگاه استیناف در دعوی در سال ۲۰۰۷ از این رویکرد دفاع کرد.<sup>۱</sup> البته برخی نویسندگان معتقدند که این ماده، هیچ صراحتی در داوری مذکور ندارد، زیرا در حقوق موضوعه انگلستان یا در قواعد داوری مختلف، اشاره‌ای به آن نشده است تا مقررۀ مذکور، این نوع داوری را در بر بگیرد. چنین داوری نامأنوسی، سبب ابهام می‌شود؛ به‌ویژه اینکه معانی مختلفی در نظام‌های متعدد حقوقی دارد. با این حال، این مخالفت‌ها، قادر به نفی شمول ماده مذکور بر این داوری نشده‌اند (Hilgard & Bruder, op.cit: 55).

نوعی از داوری با ماهیتی مشابه، در انگلستان و آمریکا وجود دارد که به «الترام شرافتمندانه»<sup>۲</sup> معروف است. ریشه این شرط که در قراردادهای بیمه اتکایی مرسوم است، از نظر تاریخی به قرن نوزدهم برمی‌گردد. از جمله می‌توان به معاهده بین فرانسه و ایتالیا در ۲۹ ژوئن ۱۹۵۰ اشاره کرد که مقرر می‌داشت: «داوران مختارند قواعد سخت و دقیق قانونی را تعدیل کنند». در حال حاضر نیز در انگلستان و آمریکا از این شرط استفاده می‌شود. به‌موجب آن: «داوران در تفسیر قرارداد باید به‌صورت شرافتمندانه و نه صرفاً براساس تعهدات قانونی عمل کنند. آنها از همه تشریفات قضایی و قواعد سخت قانونی معاف هستند. رأی آنها باید متضمن اهداف کلی طرفین از قرارداد به شیوه معقول باشد نه اینکه صرفاً بر تفسیر لفظی از عبارات تأکید کند» (Stephanie, Corey & Quadrino, 2006:16). این نهاد حقوقی برای تأیید و

1. Sunrock Aircraft Corporation Ltd v Scandinavian Airlines System Denmark-Norway-Sweden (2007).

2. Honorable engagement.

تقویت قرارداد طرفین به کار می‌رود. داور اتکایی<sup>۱</sup> حق ارزیابی گسترده‌ای از اختلاف و راهکار آن دارد و تجارب بین‌المللی داور، انصاف، عرف‌ها و رویه‌های تجاری، از منابع آن محسوب می‌شوند. داور اتکایی نمی‌تواند براساس قانون اتخاذ تصمیم کند. او در تفسیر و اصلاح قرارداد، اختیارات بیشتری در مقایسه با داور کدخدانمنش دارد، هرچند نمی‌تواند شروط صریح قرارداد را نادیده بگیرد. دادگاهی در کالیفرنیا در سال ۲۰۰۵ مقرر می‌دارد: «هرچند داور مکلف به رعایت مقررات دادرسی، به صورت دقیق نیست با این حال، به استناد این آزادی عملکرد، نمی‌تواند توافق طرفین را نادیده بگیرد».<sup>۲</sup> داور اتکایی حق دارد از اجرای آنچه در رویه دادگاه‌ها مرسوم است، خودداری کند. این امر به سبب ابهام و پیش‌بینی‌ناپذیر بودن تصمیم داور، مورد انتقاد قرار گرفته است (Shiffer, 2007: 3).

## ۲.۲. حقوق نوشته

تقریباً همه کشورهای این نظام حقوقی مانند بلژیک، هلند، سوئیس، لوکزامبورگ، اسپانیا، پرتغال و مکزیک، داوری مورد نظر را تجویز می‌کنند (Mauro, op.cit: 701); همچنان که کشورهای اسلامی مانند مراکش، قطر، نیجریه و ایران، آن را پذیرفته‌اند (Mauro, op.cit: 702); خدابخش، ۱۳۹۷: ۲۰۸-۲۰۹؛ شهبازی‌نیا، ۱۳۹۰: ۱۲۸-۱۲۰؛ شیروی، ۱۳۹۱: ۲۳۴-۲۳۲). هرچند برخی استادان، آن را با شرایطی، از جمله مقایسه با داوری مبتنی بر حق صلح و سازش، قابل تطبیق با حقوق ایران دانسته‌اند (صفایی، ۱۳۹۰: ۳۱-۳۰).

به اعتقاد برخی نویسندگان، این داوری، ریشه در حقوق شرعی کلیسایی<sup>۳</sup> دارد (Jana, 2008: 1)، زیرا در قرن هفدهم میلادی، شخصی به‌عنوان «سازشگر» عمل می‌کرد که مقید به قواعد خشک و دقیق دادرسی و مقررات ماهوی نبود. همچنین گفته می‌شود که این داوری، ریشه در حقوق فرانسه (قرن سیزدهم میلادی در مدارس حقوق بولونی و سوربن) دارد، زیرا در واقع، وقتی دادگاه‌ها و داوران، اختلاف را با توجه به نمایندگی از طرفین، حل می‌کردند، نقشی همانند داور کدخدانمنش داشتند. از نظر مقررات رسمی نیز قانون مدنی ناپلئون و قانون آیین دادرسی ۱۸۰۶ فرانسه متعرض آن شده و رویه قضایی فرانسه، از سال ۱۹۵۶ این داوری را پذیرفته بود (Weinberg, op.cit: 23). در فرمان ۱۲ مه ۱۹۸۱ از آزادی بدون قید و شرط طرفین در انتخاب قانون حاکم، یاد شد که داوری مذکور را هم در برمی‌گرفت. همچنین براساس این فرمان، رأی داور در این مورد قابل پژوهش نبود، مگر اینکه طرفین توافق کرده باشند. در وضع

۱. عبارت «reinsurance arbitrator» را به «داور اتکایی» برمی‌گردانیم، همانند بیمه اتکایی که برای پوشش دادن به بیمه اصلی استفاده می‌شود. در اینجا نیز داوری مذکور برای حمایت از التزام قراردادی اصلی به کار می‌رود.

2. Garamendi vs. California Comp Ins. Co. (2005).

3. Canonical Law.

فعلی، به موجب ماده ۱۴۷۸ قانون آیین دادرسی مدنی این کشور (اصلاحی ۲۰۱۱): «مرجع داوری، دعوا را مطابق قواعد حقوقی حل و فصل می‌نماید، مگر آنکه طرفین به او مأموریت حل و فصل به‌طور کدخدانسانه را داده باشند» (محسنی، ۱۳۹۴: ۳۲۷).

به موجب بخش ۱۱۴ قانون آیین دادرسی مدنی ایتالیا، وقتی دعوا مربوط به حقوقی باشد که طرفین قادر به اسقاط آن هستند و متفقاً از دادگاه درخواست کرده‌اند که بر آن اساس انصاف تصمیم‌گیری کند، دادگاه باید انصاف را مبنای تصمیم خود قرار دهد. همین اختیار به داور نیز داده می‌شود (Mauro, op.cit: 699).

در آلمان، با عبارت (billigkeitrecht) به معنای انصاف، داور مکلف است براساس حسن نیت عمل کند و قواعد سختگیرانه قانون را کنار گذارد. دیوان کشور آلمان در رأی ۱۹ نوامبر ۱۹۲۳ اعلام می‌دارد: «داوران با توافق طرفین می‌توانند از اجرای قانون خودداری کنند». سوئیس نیز چنین وضعی دارد. دادگاه عالی این کشور در رأی مورخ ۱۴ نوامبر ۱۹۹۱ مقرر می‌دارد: «توافق به اجرای انصاف به‌جای قانون، ناقض نظم عمومی نخواهد بود» (Mauro, op.cit: 701). در این کشور به موجب بند ۲ ماده ۳۷۹ قانون آیین دادرسی مدنی، داوری مبتنی بر انصاف با تصریح طرفین مورد پذیرش است. البته شرط مذکور نباید مبهم باشد، بلکه باید کاملاً روشن و گویا باشد و به‌طور ضمنی نیز نمی‌توان به این داوری ملتزم شد. با این شرط، مرجع داوری می‌تواند خود را از اعمال دقیق حقوق و قانون معاف بداند (Hilgard, Bruder, op.cit, 60).

در مقابل، داوری مذکور در نروژ کاملاً ناشناخته است (Hilgard, Bruder, op.cit, 60). زیرا این کشور در داوری‌های بین‌المللی و حل اختلاف، جایگاه مهمی ندارد. با این حال، در این کشور قضاوت می‌تواند مقررات را به‌نحوی تفسیر کند که تصمیم نهایی آنها تا حد امکان، منصفانه باشد. در این موارد، «شرایط خاص هر دعوا یا ملاحظات واقعی»<sup>۱</sup> مورد توجه قرار می‌گیرد. استاد دانشگاه اسلو (Fleischer)، از این مفهوم به‌جهت ارتباط با مفاهیم حسن نیت و انصاف، به «مادر همه منابع حقوق» یاد می‌کند. «ملاحظات واقعی»، در واقع مجموعه‌ای ناهمگن از تصمیم‌ها و نگرش‌های قضایی در رویه قضایی و عرف تجاری است و از این‌رو، نویسندگان نروژی در این خصوص اتفاق نظر ندارند، هرچند همگان، انصاف را بخشی از آن می‌دانند. دادگاه عالی نروژ آرای براساس این مفهوم صادر کرده که با مقررات خشک قانونی یا مصرحات قراردادی طرفین، متفاوت است. همسو با قانون نمونه آنسیترا، ماده ۳۱ قانون داوری نروژ که در سال ۲۰۰۴ تصویب شد، از انصاف یاد می‌کند. دادگاه عالی نروژ در رأی شماره ۱۴۴۹ سال ۱۹۸۷، رأی داوری را که براساس آن، مبنای دیگری غیر از اصول حقوقی

1. "reele hensyn"="real considerations" or "circumstances of the case".

مورد پذیرش داور قرار گرفته بود، تأیید می‌کند. هیأت پنج‌نفره قضاات دادگاه مذکور بر تفسیر واقعی از موضوع به‌منظور اثربخشی به تصمیمات داوری بین‌المللی تأکید داشتند ( Hilgard, Bruder, op.cit, 60).

### ۳.۲. تمایز این مفاهیم

آیا این قبیل داوری‌ها، ماهیت یا آثار متفاوتی دارند یا جملگی، گویای یک ماهیت‌اند؟ برخی، داوری‌های مذکور را متمایز می‌دانند و معتقدند که در داوری کدخدامنشانه، داور براساس قانون و اصول حقوقی رفتار می‌کند و تنها می‌تواند آثار برخی از مقررات غیرآمره را تعدیل کند (Jana, op.cit: 1-3)، اما در داوری مبتنی بر انصاف، اختلاف، نه بر مبنای قانون که با توجه به اصول اخلاقی و اصول انصاف، حل‌وفصل می‌شود، بنابراین می‌توان مقررات آمره را نیز تعدیل کرد؛ هرچند در هر دو، نظم عمومی بین‌المللی رعایت می‌شود (Uhle, 2006: 40). البته چنین تمایزی، در کشورهایی که از هر دو مفهوم استفاده می‌کنند، مانند سوئیس، فرانسه، بلژیک و ایتالیا وجود دارد، اما در دیگر کشورها مانند برزیل، انگلستان و آلمان که از عناوین و مفاهیم کلی‌تر یاد می‌کنند، مطرح نیست (Interim Report, March 2008, ICC: 7).

مفهوم داوری کدخدامنشانه، با اینکه بسیار در ادبیات داوری استفاده می‌شود، روشن نیست. با اینکه در متون حقوقی و قوانین از این مفهوم یاد شده، اما مقنن نخواستہ آن را تعریف کند و این امر را به رویه قضایی و دکترین محول کرده است. تعریف آن از کشور به کشور دیگر، متفاوت است و از این رو، نظرهای مختلفی نیز مطرح شده است. نظام‌های مختلف نیز یا به هر دو یا به یکی اشاره دارند؛ بدون اینکه تعریف روشنی ارائه داده باشند (jana, op.cit). اغلب گفته شده است که در داوری کدخدامنشانه، براساس قانون و اصول حقوقی اتخاذ تصمیم می‌شود، اما داور اختیار تعدیل مقررات غیرآمره را دارد (jana, op.cit). در عین حال، رأی داور همیشه باید مشتمل بر انصاف باشد، به این معنا که طرفین به داور اجازه می‌دهند نتایج غیرمنصفانه ناشی از اجرای دقیق مقررات را اصلاح کند. بنابراین هدف اصلی داوری مذکور، حصول رأی منصفانه و عادلانه است، یعنی داور نباید بر تفاسیر سخت از قانون تأکید کند. نظیر این تعریف را در رأی ۱۰ ژولای ۲۰۰۳ شعبه دوم مدنی دیوان فرانسه می‌بینیم. برخی معتقدند که در داوری کدخدامنشانه، داور نه براساس ترتیبات قانون که براساس فهم و اطلاعات خود، اختلاف را حل می‌کند (bladel, 1999: 42). مؤسسه داوری آمریکا، این نوع داوری را خارج از تعهد به رعایت قواعد قانونی می‌داند. یکی از قضاات دادگاه عالی کانادا (beetz)، در رأی ۲۳ مارس ۱۹۸۸ داور کدخدامنش را «پدر خوب خانواده»<sup>۱</sup> در موضوعات

1. bonus pater familias (good family father).

داوری تجاری بین‌المللی، تعریف می‌کند (Case Sport Maska vs. Zittre (judge Beetz), 1988, (Supreme Court of Canada).

با اینکه فرانسه در زمره اولین کشورهاست که مفهوم داوری مذکور را شناسایی کرد، در این کشور، تمایز بین داوری‌های مذکور، چندان روشن نیست. دکترین فرانسوی و ایتالیایی با طرح این پرسش که آیا داور کدخداننش، اساساً اختلاف را با صدور رأی حل می‌کند یا تنها نزاع را پایان می‌دهد؟ به اعتقاد برخی، تفاوت‌های نظری بین داوری مبتنی بر انصاف و کدخدانمنشی، هیچ راهکاری را در عمل نشان نمی‌دهد. قانون نمونه آنسیترال، ظاهراً با کلمه (or) بین این دو داوری تمایز قائل است. اما این امر بیشتر از اینکه مربوط به تمایز داوری باشد، تنها انعکاسی از بحث نظری موجود و توجه به نظام‌های مختلف است. در آخرین تحقیقات اتاق بازرگانی بین‌المللی در مارس ۲۰۰۸ در این خصوص نیز بر وحدت این دو تأکید شده است، زیرا این مفاهیم، بار کیفی و درونی دارند و در عمل به‌سختی متمایز می‌شوند (Amir, 2009: 8).

در فرانسه، برای نشان دادن وحدت این مفاهیم، از عبارات هر یک، برای دیگری نیز استفاده می‌شود. برای مثال در رأی ۲۷ می ۱۹۸۷ دادگاه شهرستان پاریس (Rev.Arb, 1987: 519) آمده است: «وقتی به مرجع داوری اختیار داوری براساس کدخدانمنشی داده می‌شود، در واقع، قصد طرفین بر این است که نه‌تنها براساس مقررات بلکه با توجه به شرایط دعوا و روابط طرفین، مطابق انصاف نیز تصمیم‌گیری شود». این نظر در رأی مورخ ۲۸ آوریل ۱۹۸۸ دادگاه استیناف پاریس (Rev.Arb.1989: 280) نیز منعکس شد: «اصولاً داور کدخدانمنشی می‌تواند بدون اینکه کاملاً تابع قانون باشد، براساس انصاف، تصمیم‌گیری نماید» (Mauro, op.cit:700). همچنین دادگاه استیناف پاریس در رأی ۹ دسامبر ۱۹۷۶ (Rev.Arb. 1987: 389) مقرر داشته است: «وقتی دعوایی علیه رأی داوری که اختیار کدخدانمنشی داشته اقامه می‌شود، در دادگاه نیز باید براساس انصاف به آن رسیدگی شود». نویسندگان نیز از وحدت این دو معنا یاد کرده‌اند (Mauro, op.cit: 712). برخی از دکترین فرانسوی پیشنهاد می‌کنند که در داوری مبتنی بر انصاف، نه‌تنها مرجع داوری اختیار دارد، بلکه علاوه‌بر آن، مکلف به صدور رأی منصفانه نیز است. هدف، ارزیابی این مسئله است که آیا راه‌حل اختلاف، در آن دعوا، منصفانه است یا خیر؟ داوران باید نحوه رسیدن به انصاف، استدلال و توضیح دهند، زیرا ماهیت این رأی، در دادگاه، بازبینی نمی‌شود، بنابراین توجیه رأی و نشان دادن نحوه رسیدن به انصاف، تنها ابزار کنترل رأی است. همچنین در دکترین فرانسوی، این داوری، نه‌تنها به معنای تفسیر شرایط قراردادی به شیوه منصفانه است، بلکه در صورت لزوم، آن شرایط را به‌منظور تعادل طرفین،



بررسی می‌کنند و تطبیق می‌دهند. داوران باید به منافع اقتصادی قرارداد، با توجه به توافق اولیه طرفین نیز توجه کنند (Jana, op.cit).

### ۳. اختیارات داور(ان)

#### ۳.۱. نگرش کلی

با توجه به آنچه تاکنون در مورد داوری‌های مبتنی بر انصاف و داوری کدخدامنشانه بیان شد، می‌توان به اجمال دریافت که این داوری‌ها به دنبال قواعد منعطفی برای تعدیل قانون یا قرارداد طرفین هستند، اما قواعد مذکور چیست و تعدیل کدام قوانین یا شروط قراردادی ممکن است؟ بدیهی است این اختیار بسیار مهم نباید دستاویز «انقلاب ضوابط» قرار گیرد و اختلاف را غیرقابل پیش‌بینی سازد که در این صورت، به نهادی مزاحم و مخل روابط اقتصادی و حقوقی اشخاص تبدیل می‌شود! مخالفت‌هایی که به‌ویژه در نظام کامن‌لا با این داوری به عمل آمده است نیز ریشه در همین اشکال مهم دارد. متأسفانه کمتر قانونی (اعم از مقررات داخلی یا ضوابط عام بین‌المللی مانند قانون نمونه آنسیترال)، برای داوری‌های مذکور ضابطه‌ای تعیین کرده و ارجاع به دکتیین و رویه قضایی، جز تزلزل معیار مهم قطعیت و صلابت، نتیجه‌ای نداشته است.

هرچند هنگام بحث از اختیارات داور، بر لزوم رعایت مقررات دادرسی و ماهوی (قانون-قرارداد) تأکید می‌شود، وقتی پای خصایص این داوری‌ها به میان می‌آید، ابهام نیز چهره خود را نشان می‌دهد؛ همان‌گونه که از منظر اصولی، استثنای مبهم، عام را نیز از حجیت می‌اندازد، در این داوری نیز، به درستی معلوم نیست چگونه باید این خصایص را با قواعد عمومی جمع کرد؟ گفته می‌شود که خصوصیت اصلی داوری‌های خارج از قاعده، این است که تنها مقید به قانون نیستند و داور برای اتخاذ تصمیم، طیف وسیع‌تری از قواعد و نرم‌ها به‌ویژه انصاف و تفسیر خود از این مفهوم را در اختیار دارد. تلاش او بر این است که در اتخاذ تصمیم، برای هر دو طرف و نیز برای خود قرارداد، منصفانه باشد. همچنین داور اختیار دارد قواعد قانونی را که برای اختلاف مناسب است، انتخاب کند. به عبارت دیگر، طرفین اختلاف، سیستم حقوقی حاکم بر دعوا را انتخاب می‌کنند و داور، قواعد مناسب با اختلاف را در این سیستم معین می‌کند. البته اگر طرفین، قواعد قابل اعمال را انتخاب کنند، محدوده اختیارات داور محدود می‌شود، اما نقش خود را از دست نمی‌دهد و در چارچوب قواعد تعیین‌شده، می‌توان منصفانه رفتار کند.<sup>۱</sup> خصوصیت دیگر این داوری، امکان تفسیر قواعد برای حصول نتایج منصفانه است. با این حال داور باید رشته ارتباطی بین انصاف و اختلاف را ترسیم کند تا ارزش رأی قابل درک باشد. او

۱. دیوان داوری بین‌المللی در رأی شماره ۲۲۱۶ در سال ۱۹۴۷ به این نکته تصریح کرده است (Dumisc, op.cit: 14).

باید دلایل اقدام خود را بیان کند تا از سوی قاضی ملی قابل ارزیابی، درک و کنترل باشد. رأی ۱۵ فوریه ۲۰۰۱ شعبه دوم مدنی دیوان فرانسه نیز بر همین اساس صادر شده است (Dumisic, op.cit: 15).

### ۳.۲ دیدگاه‌های مختلف در مسئله اختیارات داور

هرچند داوری‌های مورد بحث، با مفاهیم انصاف و کدخدانمنشی عجین شده‌اند، اما رویکرد مراجع داوری و قضایی نشان می‌دهد که بیشتر از اینکه به شناسایی مفاهیم مذکور نیاز باشد، به دنبال تطبیق این مفاهیم بر آرای داوری و دعاوی هستند. به عبارت دیگر، مفهوم انصاف با همان رویکردی که در نظام کامن‌لا دارد (Jemielniak, 2014: 182) یا به معنای انعطاف در زمان اجرا و تقبیح قانون‌گرایی افراطی (کلی، ۱۳۸۲: ۲۸۷ و ۲۸۸) یا به معنای ارسطویی یعنی قرار گرفتن قانونگذار در زمان اجرا و تعدیل احکام دائمی (کلی، ۱۳۸۲: ۷۰) یا اعمال قاعده حقوقی به عنوان معلم اخلاق (Ripert, 1949: 34) و نیز وحدت یا تفاوت مفاهیم انصاف و کدخدانمنشی (Belohlávek, 2013: 1279-1284) چندان مورد توجه رویه قضایی نیست و فراتر از مفهوم‌شناسی این عبارات، به لزوم تعدیل قواعد و حل‌وفصل بهتر و مطلوب‌تر دعاوی اهتمام می‌شود. از این رو مطالعه نظرات نویسندگان و آرای مراجع داوری و قضایی، نشان‌دهنده رویکردهای مختلف و متنوعی در این مورد است:

۱. کارگروهی در اتاق بازرگانی بین‌المللی (ICC) برخی از مصادیق اختیارات داور را به این شرح برشمرده است:
  - حمایت از یکی از طرفین قرارداد که رضایت او ناقص، نه کاملاً فاسد، بوده است؛
  - مجازات طرفی که هرچند مقصر نیست اما خالی از اهمال نیز به نظر نمی‌رسد یا اگر سوءنیت ندارد، اما چندان هم قانونی و منعطف عمل نکرده است؛
  - توسعه خسارات قابل مطالبه به خسارات غیرمستقیم یا غیرقابل پیش‌بینی؛
  - قبول برخی اشکالات در اجرای تعهد که هرچند شرایط فورس ماژور را ندارد، اما آن را در حد فورس ماژور، قابل قبول نشان می‌دهد؛
  - کاستن از مسئولیت یک طرف حتی در صورتی که شرایط کامل آن را نداشته باشد؛
  - قبول آزادانه‌تر شرایطی که سبب قطع مرور زمان یا تعلیق آن می‌شود یا اساساً مرور زمان را رد می‌کند؛

- بازبینی کیفیت و درجه تقصیر که در قرارداد تصریح شده است (ICC, 2005: 9-10).

۲. در تحلیل داوری مبتنی بر انصاف گفته شده است که داور مکلف نیست قبل از اتخاذ تصمیم براساس انصاف، نتایج قانونی دعوا را ارزیابی کند. به عبارت دیگر، صرف نظر از این

نتایج و تأثیرپذیری از آن، باید دعوا را تحلیل و اتخاذ تصمیم کند. یکی از نویسندگان می‌گوید: در این داوری، می‌توان اختلاف را از ریشه حل کرد، درحالی‌که ممکن است قانون راهکار مناسبی برای این مسئله نداشته باشد. شبیه آنچه در قانون مدنی سوئیس مقرر شده است و به موجب آن، قاضی، در فقدان قانون، خود تصمیم‌گیری می‌کند. در مقابل برخی معتقدند که داور تنها در جایی می‌تواند به انصاف عمل کند که اجرای قانون به نتایج غیرمنصفانه منتهی شود، در غیر این صورت، توجیهی برای توسل به انصاف نیست. موارد غیرمنصفانه بودن اجرای قانون نیز، اگر غیرمعمول نباشد، نادر است. بنابراین انصاف نمی‌تواند جایگزین نظام حقوقی و قانون شود، بلکه همان‌طور که ارسطو گفته است، تنها در جایی که نتایج غیرمنصفانه دارد، به قانون کمک می‌کند (Mauro, op.cit: 698). این داوری به‌ویژه در موردی که دشواری‌هایی در اجرای قرارداد رخ می‌دهد که شرایط فورس ماژور را ندارد، بسیار مفید است (Trakman, 2008: 621). همچنین فرض شود که اعلامیه نقص کالا باید ظرف ۸ روز به‌عمل آید. مدعی این کار را از طریق فکس انجام می‌دهد. متن دریافتی منظم نیست، اما روز بعد، فکس صحیح دیگری ارسال می‌شود. در این موارد، داور می‌تواند ارسال اعلامیه نقص کالا را منطقی و در مهلت بدانند. در رأی ۵ مارس ۱۹۸۴ بین شرکت وستلند و کشور مصر، داوران اعلام کردند که انصاف اجازه می‌دهد نقاب از چهره شرکت برداشته شود. به این معنا که شخصیت حقوقی شرکت نمی‌تواند مانع مسئولیت اشخاص شود و به آنها اجازه دهد که خود را پشت شخصیت مذکور مخفی کنند. در دعوایی دیگر، دادگاه استیناف پاریس به موجب رأی ۳ ژوئای ۲۰۰۷ اعلام کرد که داور باید در موقع اجرای تعهدات قراردادی، قانون و انصاف را مقایسه کند و نتیجه آن را در رأی اعلام دارد (Mauro, op.cit: 699).

۳. اختیار داور در اعمال انصاف، نامحدود نیست. بسیاری از داوران، بین انصاف و قانون تفاوتی نمی‌بینند، بنابراین قانون را در دعوا اعمال می‌کنند. در اینکه آیا داور باید در این خصوص که قانون و انصاف، تفاوتی ندارد، در رأی خود توضیح دهد یا خیر، اختلاف نظر است و نظر غالب، فقدان ضرورت مذکور است. دادگاه استیناف پاریس در رأی ۶ اکتبر ۲۰۱۱ (Rev.arb. 2011: 1094) اعلام کرد که ضرورتی ندارد دادگاه، استناد به انصاف را توجیه و مدلل کند (Mauro, op.cit: 705).

۴. داور نمی‌تواند قواعد آمره را تغییر دهد. همچنین نظر بر این است که اختیار داور تنها مربوط به قانون ماهوی است نه مقررات دادرسی که البته این امر به توافق طرفین بستگی دارد و به‌نظر می‌رسد در سکوت آن، اختیار داور در این مورد نیز باقی باشد. در (ایتالیا)، داور به موجب رأی داوری مورخ ۳۱ مه ۲۰۰۱ (Rev.Int, 2001: 759) اعلام کرد که می‌تواند مناسبات خشک و دقیق را در زمینه خواسته طرفین و تصمیم خود، اصلاح کند. در نقد این رأی گفته

شده که اگر منظور، نادیده گرفتن دعوا و فراتر رفتن از آن باشد، قطعاً صحیح نیست. با این حال در اسپانیا، دادگاه استیناف بارسلونا به موجب رأی مورخ ۱۸ مارس ۱۹۹۱ اعلام کرد که اختیار تعدیل قواعد، آن دسته از مقررات مربوط به موقعیت طرفین در فرایند داوری از جمله صلاحیت را در برنمی‌گیرد. در اینکه داور می‌تواند قواعد قراردادی را نیز علاوه بر قانون، تغییر دهد، اختلاف نظر است. در رأی شماره ۴۴۶۷ سال ۱۹۸۴ مرجع داوری (ICC) آمده است که اگر قواعد قراردادی طرفین منتهی به سوءاستفاده از حق شود، داور می‌تواند آن را تغییر دهد (Rev.Int, 2001: 706). اختیار داور در تغییر شرایط قراردادی، با فرض تعارض با انصاف، در رأی شماره ۴۹۷۲ در سال ۱۹۸۹ این مرجع (ICC) نیز منعکس شده است: «مرجع داوری این اختیار را دارد که علاوه بر تعدیل قانون، مفاد قرارداد را نیز در صورتی که با انصاف مغایر باشد، تعدیل نماید». دیوان کشور فرانسه در رأی ۲۸ آوریل ۱۹۸۷ (Rev.Arb. 1991: 345) مقرر می‌دارد: «داوران دارای اختیار کدخدانمنشی‌انهایی هستند که آثار فزاینده و دشوار مربوط به شروط قراردادی طرفین را با در نظر گرفتن انصاف، به منظور تحقق عدالت بین طرفین، تعدیل می‌کنند». عده‌ای بر آن‌اند که داور می‌تواند مقررات قانونی را در فرض دشوار بودن و مقررات قراردادی را در فرضی که بسیار سخت‌گیرانه هستند، تعدیل کند.

۵. برخی معتقدند که در داوری کدخدانمنشانه، داور براساس قانون و اصول عمل می‌کند، اما این اختیار را دارد که قوانین غیرآمره را تغییر دهد، اما در داوری مبتنی بر انصاف، حل اختلاف خارج از حقوق و براساس اصول اخلاقی به عمل می‌آید؛ لذا داور نه تنها مقررات غیرآمره، بلکه مقررات امری را نیز می‌تواند تغییر دهد (Bühning-Uhle, 2006: 40). در هر دو، داور می‌تواند قواعد خشک قانونی را نادیده بگیرد و براساس انصاف و عدالت عمل کند. در واقع داور انتخاب می‌شود تا عدالت و انصاف را به جای قانون ملی خاص اعمال کند.

۶. در برخی موارد، ضمن انتخاب قانون حاکم، به این نوع داوری نیز توافق می‌شود. در این موارد، داور می‌تواند براساس انصاف عمل کند، اما تنها تا حدی از قانون منحرف می‌شود که قانون ملی حاکم اجازه دهد. به این معنا که تنها باید قانون تکمیلی و غیرآمره را تغییر دهد (Herboczko, op.cit).

۷. اختیارات این داوری، با اختیار اعمال مقررت بازرگانی فراملی (Lex Mercatoria) متفاوت است؛ هرچند این منبع، یکی از موارد تصمیم‌گیری داور خواهد بود. در واقع، صرف ارجاع به این مقررات، به معنای توسل به انصاف نیست و نیز عدم توافق طرفین به این نوع داوری، مانع از توسل داور به مقررات مذکور نخواهد بود. در این داوری، داور می‌تواند صرفاً بر شرایط خاص هر دعوا متمرکز شود، بدون اینکه قاعده یا اصل خاصی را اعمال کند. برخی نویسندگان می‌گویند داور باید قانون را اعمال کند، زیرا مفروض این است که قانون منصفانه و عادلانه

است (Berger, op.cit: 570). برخی نیز بیان می‌کنند که داور نباید قانون خاصی را اعمال کند، بلکه باید از اصول کلی و عرف‌های تجاری بهره‌مند شود. در واقع، هرچند داور تکلیفی به اعمال قانون ملی یا مقررات بازرگانی فراملی ندارد، اما بدون سبب و علت معقول، از اعمال قانون خودداری نخواهد کرد. او در واقع قاضی است، با این تفاوت که اختیار دارد راهکاری را به بهترین وجه برگزیند و اگر تشخیص دهد که قانون ملی یا مقررات مذکور به نتایج غیرمنصفانه می‌انجامد، از اعمال آن خودداری ورزد (Kühn, 1997: 148). برای مثال رأی به خسارت منصفانه صادر می‌کند یا بار اثبات را برحسب شرایط دعوا، توزیع می‌کند (Redfern, Hunter, 2004: 36). دیوان داوری (ICC) در رأی شماره ۳۳۴۴ در سال ۱۹۸۲ مقرر می‌دارد: اگر اعمال قانون به نتایج غیرمنصفانه منتهی شود، داور می‌تواند قانون را اعمال نکند یا آثار آن را تخفیف دهد تا نتیجه منصفانه حاصل آید. این مرجع در رأی شماره ۱۶۷۷ در سال ۱۹۷۵ مقرر می‌دارد: در این نوع داوری، داور همچنان به اصول مربوط به نظم بین‌المللی یا اخلاقی پایبند است.

۸. در این داوری باید شرایط طرفین را رعایت کرد. بند ۴ ماده ۲۸ قانون نمونه آنستیرال از این امر یاد می‌کند که شامل داوری‌های خارج از قواعد هم می‌شود. مسئله این است که در داوری مذکور می‌توان شرایط قراردادی را تغییر داد و تعدیل کرد؟ قاعده این است که یا طرفین اجازه داده باشند یا شرایط به‌گونه‌ای باشد که طرفین نمی‌توانسته‌اند نتایج به‌بارآمده را در طول قرارداد پیش‌بینی کنند که در این صورت داور می‌تواند شرایط قراردادی را تغییر دهد (Berger, 1993: 573). در رأی شماره ۳۲۶۷ در سال ۱۹۷۹ دیوان داوری (ICC)، توافق طرفین با شرایطی قابل تعدیل و اصلاح دانسته شد: «هرچند برخی نویسندگان عقیده دارند که در این نوع داوری می‌توان شروط طرفین را تعدیل نماید اما این عقیده در داوری بین‌المللی مورد قبول قرار نگرفته است. برعکس، عموماً عقیده بر این است که در داوری بین‌المللی، وظیفه اصلی داور حتی در این نوع داوری، اجرای قرارداد طرفین است، مگر اینکه محرز شود که شروط مذکور برخلاف قصد واقعی آنهاست یا اصول مربوط به نظم عمومی مورد قبول را نقض می‌کند. به نظر دیوان داوری، این امر، یکی از لوازم اساسی است که تجارت بین‌المللی را تضمین می‌نماید». در رأی شماره ۳۲۶۷ در سال ۱۹۸۴ نیز این مرجع از امکان تعدیل مفاد قرارداد طرفین، در صورتی که این تعدیل به سوءاستفاده از قانون یا زیاده‌روی داور در اعطای اختیار او منتهی نشود، دفاع کرد. همچنین رأی شماره ۳۹۳۸ در سال ۱۹۸۲ که به تعدیل شروط قراردادی اشاره دارد.

۹. تحقیقات نشان می‌دهد در این نوع داوری، داوران همچنان به قانون پایبندند تا از اجرای صحیح داوری و اجرای قانون اطمینان یابند. داوران در انتخاب قانون حاکم، نه براساس قواعد

مرسوم، که براساس قانون دارای بیشترین ارتباط با دعوای طرفین، عمل می‌کند. این اختیار، بر فرایند داوری نیز مؤثر است، زیرا برای مثال، داوران از این اختیار برای تعیین مهلت دفاع و تقدیم لوایح و ... استفاده می‌کنند (Berger, 1993: 572). داور اجازه دارد قانون را اعمال نکند نه اینکه برخلاف قانون، تصمیم‌گیری کند. معنای داوری این نیست که داور می‌تواند یا نباید به قانون توجه کند یا اگر اجرای قانون را منصفانه می‌بیند، نباید یا نمی‌تواند قانون را اعمال و اختلاف را بر آن اساس حل کند. در واقع در این داوری، داور باید اجرای قانون را نقطه آغازین حرکت قرار دهد و با تحلیل اختلاف به این نتیجه رسد که آیا اعمال قانون، منصفانه است یا به نتایج غیرمنصفانه می‌انجامد؟ این داوری، به‌ویژه در مواردی که اجرای قانون به نتیجه بله یا خیر منتهی می‌شود و نقطه بینابین و متعادلی ندارد که در نتیجه برای یک طرف بسیار دشوار خواهد بود، مناسب است. استفاده گسترده از این نوع داوری در سیستم‌های حقوقی به این معنا نیست که اختیارات داور نامحدود است، بلکه مقررات آمره و آنچه مربوط به نظم عمومی است، الزام‌آور است، زیرا استقلال حقوقی یک طرف قرارداد نمی‌تواند مخل نظم عمومی باشد و دولت‌ها نیز تعرض به آن را قبول نمی‌کنند. البته داور مکلف به رعایت نظم عمومی یک کشور خاص، برخلاف قاضی آن کشور نیست، زیرا در این صورت آرای داوری به دلیل امکان برخورد با نظم عمومی کشورهایی مانند کشور محل داوری یا کشوری که رأی قرار است در آن، اجرا شود، باطل می‌شود!

#### ۴. کنترل قضایی رأی داور

اگر در مرجع داوری این بحث مطرح و مورد اختلاف است که کدام قواعد را اعمال و چه مقرراتی را تعدیل کنند، در دادگاه‌ها مسئله کنترل‌پذیری رأی داور، به همان اندازه غامض به نظر می‌رسد! به‌راستی آیا نگرش دادگاه به صحت یا بطلان رأی داور، در این قبیل داوری‌ها، باید متفاوت از دیگر انواع داوری‌های متعارف باشد؟ معیار چیست و چگونه می‌توان انصاف و عدالت خاص داور را در دعوا، کنترل کرد؟

باید اشاره داشت که هرچند لازم نیست داور، اطلاعات حقوقی کاملی داشته باشد، رعایت حداقلی از اطلاعات برای شناسایی نظم عمومی بین‌المللی، مقررات دادرسی و مدلل کردن رأی، مفید است (Jana, op.cit: 5). بنابراین، نوعی کنترل‌پذیری درونی در این داوری نیز وجود دارد، اما این امر کمکی به بحث نمی‌کند و باید حقوق تطبیقی را در این خصوص بررسی کرد. نظام‌های حقوقی و رویه قضایی تطبیقی در این خصوص، متفاوت است و از کنترل قضایی کامل تا عدم دخالت مطلق، فاصله دارد! در فرانسه، اگر طرفین به داور اختیار داوری براساس انصاف و کدخدامنشی داده باشند و رأی داوران صرفاً براساس قانون صادر شده بدون اینکه به

نتایج منصفانه آن توجه شده باشد، باطل اعلام می‌شود. شعبه دوم مدنی دیوان فرانسه در ۱۸ فوریه ۲۰۰۱ و دادگاه استیناف پاریس به موجب رأی ۱۸ اکتبر ۲۰۰۱ از این رویکرد تبعیت کرده‌اند (Bullet II, No 26; Revue de l'arbitrage 2004: 907). دیوان فرانسه در رأی ۲۱ اکتبر ۲۰۰۱ (Rev.Arb, 2002: 359)، داور را مکلف دانست که دلایل انصاف را در رأی خود به‌منظور کنترل‌پذیری آن، ذکر کند.<sup>۱</sup> در مقابل، این مرجع، در رأی ۱۸ اکتبر ۲۰۰۱ (Rev.Arb, 2002: 359) اعلام کرد که داور در تصمیم مبتنی بر انصاف، نیازی به تشریح آن ندارد (Mauro, op.cit:706). بدیهی است اگر دلایل و مبانی انصاف و رویکرد کدخدانمنشی داور بیان نشود، کنترل رأی نیز به همان اندازه پوشیده می‌ماند.

در آلمان، اگر تشکیل مرجع داوری یا تشریفات و فرایند آن با قانون یا توافق طرفین موافق نباشد، به‌نحوی که در رأی داور مؤثر باشد، رأی مذکور نقض می‌شود. رویه قضایی آلمان مواردی از بطلان آرای داوری مذکور دارد. برای مثال، دادگاه عالی فدرال آلمان به موجب رأی ۲۶ سپتامبر ۱۹۸۵ تصریح می‌کند که رأی داوری مطابق توافق طرفین نبوده و باطل است یا در رأیی دیگر، دادگاهی در مونیخ در ۲۲ ژوئن ۲۰۰۵ مقرر می‌دارد که چون طرفین اجازه داوری براساس انصاف را نداده‌اند، رأی داور باطل است. در عین حال، دکترین حقوقی در این کشور، استفاده از انصاف را الزامی نمی‌دانند و اگر با وجود توافق طرفین، مرجع داوری رأی خود را بر مبنای قانون صادر کند و از اختیار انصاف استفاده نکند، رأی معتبر خواهد بود.

در ایالات متحده آمریکا این نوع داوری در قانون یا آرای دادگاه‌ها به‌صراحت پذیرفته نشده، اما در عمل بسیار شایع است. در این نظام، داوری مذکور نوع خاصی از داوری نیست که متفاوت با بقیه باشد، زیرا انصاف بخش مهمی از نظام حقوقی آمریکاست و هر داور، طبعاً باید در تصمیم‌های خود به آن توجه کند، حتی اگر طرفین تصریح نکرده باشند (Weinberg, op.cit: 241). در این نظام، آرای داوری مذکور، خارج از کنترل دادگاه‌ها هستند. برای مثال در یکی از دعاوی بین‌المللی آمده است: «حتی اگر داور بدون اعطای اختیار به این نوع داوری مبادرت ورزد، باز هم مشمول کنوانسیون نیویورک است و دادگاه نمی‌تواند مانع اجرای آن گردد» (Born, 2001: 748).

به‌نظر می‌رسد کنترل رأی داور، در این قبیل داوری‌ها باقی است و هر دو جنبه مثبت و منفی را در بردارد. به این معنا که اولاً داور باید از اختیار خود، در شرایط حقیقی آن با احراز

۱. موجب رأی ۱۰ ژوئیه ۲۰۰۳ شعبه دوم مدنی دیوان کشور فرانسه: «داورانی که حق صدور رأی به طور کدخدانمنشی دارند و داورانی که تصمیم خود را با استناد به قواعد حقوقی، توجیه و مستند می‌کنند، باید تبیین نمایند که از چه جهت، رأی آنها موافق انصاف است»:

(Cass. civ. 2ème, 10 juillet 2003, Bulletin 2003 II N° 246 p. 203).

لزوم استفاده از انصاف، بهره‌گیر، ثانیاً دلایل ابتدای رأی بر انصاف را نشان دهد و رأیی موجه صادر کند.

## ۵. نتیجه

برای شناخت داوری مبتنی بر انصاف و داوری کدخدامنشانه، بیشتر از مفهوم‌شناسی آن، بررسی رویه قضایی و آرای داوری مفید خواهد بود. با مراجعه به آرای مذکور می‌توان دریافت که اولاً اختیار انصاف و رسیدگی کدخدامنشانه، به معنای آزادی عدول از قواعد حقوقی و بی‌نظمی در رسیدگی نیست، بلکه همچنان باید یک نظام حقوقی منسجم را در فرایند داوری رعایت کرد، ثانیاً داور تنها اختیار عدول از قواعدی را دارد که قانون حاکم اجازه دهد یا غیرآمره باشند، ثالثاً هدف اصلی انصاف و کدخدامنشی، تعدیل قانون در شرایط اختلاف و انعطاف در تصمیم‌گیری است تا هم سبب موجه شدن رسیدگی شود و هم اقلان منطقی طرفین را به دنبال داشته باشد. بنابراین داور باید اسباب موجهه این اختیار را در رأی ذکر کند و این مسئله، البته تحت کنترل قضایی دادگاه هرچند با تسامح بیشتر نسبت به داوری‌هایی که این اختیار را ندارند، خواهد بود. از آنجا که این مفاهیم به‌خوبی در آرای داوری و قضایی منعکس شده است، با همه ابهام مفهومی، می‌توان به قابل درک بودن و کنترل‌پذیری آن، اطمینان نسبی داشت. حقوق ایران نیز از این وضع مستثنا نیست و یافته‌های تطبیقی مذکور، می‌تواند در این حقوق نیز استفاده شود.

## منابع

### (الف) فارسی

۱. خدابخشی، عبدالله (۱۳۹۶). حقوق داوری و دعاوی مربوط به آن در رویه قضایی. ج پنجم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۲. شهبازی‌نیا، مرتضی (۱۳۹۰). داوری و انصاف، مجموعه مقالات همایش صدمین سال تأسیس نهاد داوری در حقوق ایران. ج اول، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش.
۳. شیروی، عبدالحسین (۱۳۹۱). داوری تجاری بین‌المللی. ج اول، تهران: سمت.
۴. صفایی، سید حسین (۱۳۹۰). «داوری براساس انصاف و داوری با اختیار صلح». مجموعه مقالات همایش صدمین سال تأسیس نهاد داوری در حقوق ایران، ج اول، تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش.
۵. کلی، جان (۱۳۸۲). تاریخ مختصر تئوری حقوقی در غرب. ترجمه دکتر محمود راسخ، ج اول، تهران: طرح نو.
۶. محسنی، حسن (۱۳۹۴). آیین دادرسی مدنی فرانسه. ج ۲، ج اول، تهران: شرکت سهامی انتشار.

### (ب) خارجی

7. Belohlávek, Alexander J., (2013). *Arbitration Law of Czech Republic: Practice and Procedure*, Juris Publishing, Inc., New York.
8. Berger, K.P., (1993). *International Economic Arbitration*, Boston: Kluwer Law and Taxation Publisher Deventel.



9. Born, Gary (2001). *International commercial arbitration: commentary & materials*, Kluwer Law International, Boston, 2nd edition.
10. Bühring-Uhle, (2006). *Arbitration and Mediation in International Business*, Kluwer Law International.
11. Dumisic, Amir, (2009). *advantage of amicable international arbitration: characteristics and scope of arbitrator powers*, master thesis, University of Oslo.
12. Loquin, Eric (1982). *L'amicable composition en droit comparé et international*, contribution à l'étude du non-droit dans l'arbitrage commercial, *Revue internationale de droit comparé*, Vol 34, No. 2.
13. Etienne, Van Bladel, (1999). "Arbitration in the building industry in the Netherlands", *Dispute Resolution Journal*, V. 54, Issue 2.
14. Herbozkova, Jana, (2008). *Amicable Composition in International Commercial Arbitration*, Faculty of Law, Masaryk University.
15. Hilgard, Mark and Elisa Brude, Ana, (2014). "Unauthorized Amiable Compositeur?", *Dispute Resolution International*, V. 8, N. 1.
16. Jemielniak, Joanna (2014). *Legal Interpretation in International Commercial Arbitration*, Ashgate Publishing, Ltd.
17. Lew, Julian D. M., Loukas A. Mistelis, Stefan Kröll, (2003). *Comparative International Commercial Arbitration*, Wolters Kluwer Law & Business.
18. Kiffer, Laurence, (2008). "Nature and Content of amiable composition", *International Business Law Journal*, N.5.
19. Kühn, W, (1997). *Choice of Substantive Law in the Practice of International Arbitration*, International Business Lawyer, V.4.
20. Kyriaki, Noussia, (2014). *Reinsurance Arbitrations*, Springer Science & Business Media.
21. Redfern, Alan, Hunter, Martin, (2004). *Law and Practice of International Commercial Arbitration*. Sweet and Maxwell.
22. Ripert, Georges, *La Règle Moral Dans Les Obligations Civiles*, 4<sup>ème</sup> édition, paris, 1949.
23. Rubino-Sammartano, Mauro, (2014). *International Arbitration Law and Practice Kluwer Law International*, Third Edition.
24. Shiffer, Larry P, (2007). Honorable Engagement Clause-But I thought that I had legalcontract,in:<https://www.duo.uio.no/bitstream/handle/10852/22183/91117.pdf?sequence=1>.
25. Stephanie T. Dunn and Corey, Todd and Leah M, Quadrino, (2006). A Gentlemen's Agreement: The Impact of Honorable Engagement Clauses In U.S. And English Reinsurance Agreements And Arbitration Today, MEALEY'S LITIGATION REPORT: Reinsurance, V. 16.
26. Task force on Amiable composition and ex aequo et bono arbitration, Interim Report, (2008). March, ICC.
27. Trakman, Leon, (2008). *Ex aequo et bono; De-Mystifying an ancient Concept*, Chicago Journal of International Law, V. 8, N. 2.
28. Weinberg. K.S, (1994). *Equity in International Arbitration: How fair is fair? A Study of Lex Mercatoria and Amiable Composition*, Boston University International Law Journal, N.12.
29. Yu, H.L, (1999). Section 46 (1) (b) of the English Arbitration Act 1996: its past and future, *International Arbitration Law Review*.