

بررسی دادرسی کدخدامنشانه با توجه به ماهیت کدخدامنشی و تفاوت آن با قضاوت و داوری

زینب طلاکی طرقي *

DOI: 10.22096/law.2021.127260.1669

[تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۰۲/۱۹ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۹/۰۶]

چکیده

کدخدامنشی، به‌عنوان سیستمی برای حل و فصل منازعات، غالباً در داوری، به‌ویژه در حوزه بین‌الملل شناخته می‌شود. حقوق فرانسه، مهد کدخدامنشی، این امکان را به طرفین دعوا می‌دهد که از قاضی بخواهند اختلافات را کدخدامنشانه رسیدگی کند. در ایران قدیم، افراد اختلافات خود را نزد کدخدا مطرح می‌کردند؛ ولی به‌مرور با روی کار آمدن دولت‌ها، دادگستری‌ها جایگزین شیوه‌های سنتی حل و فصل اختلافات شدند که نتیجه آن، تلاش طرفین دعوا برای اثبات حق به نفع خود بود. درحالی‌که در شیوه‌های سنتی حل اختلاف، همچون کدخدامنشی سعی بر حل ریشه مشکل برای رسیدن به آرامشی پایدار است. تلاش سیستم قضایی برای احیای شیوه‌های سنتی در چهارچوب شوراهای حل اختلاف نشان داد که این امر به‌صرف تغییر فرد رسیدگی‌کننده و سعی برای سازش محقق نمی‌شود. برای کدخدامنشی، باید سطره قواعد حقوقی شکسته شود و متوجه شد که حمایت صرف از حقوقی که در قانون شناسایی شده است، تنها فصل خصومت می‌کند، والا حل و فصل اختلافات به چیزی بیش از رسیدگی به ادله و حکم کردن بر اساس آن نیاز دارد. در کدخدامنشی، برخلاف قضاوت که به دنبال محق و محکوم است، باید به سراغ راهی رفت که ممکن است حقوقی نباشد، اما گره اختلاف را بگشاید. کدخدامنشی نیازمند خلاقیت، آموزش و تجربه است. از این رو، بهترین مکان برای توسعه کدخدامنشی همان دادگاه‌های قضایی است. این مقاله با اقتباس از حقوق فرانسه، شیوه دادرسی کدخدامنشانه؛ حل و فصل اختلاف؛ شورای حل اختلاف، **واژگان کلیدی:** کدخدامنشی؛ دادرسی کدخدامنشانه؛ حل و فصل اختلاف؛ شورای حل اختلاف.



مقدمه

در جامعه روستایی و عشایری ایران، کدخدا و کدخدانمنشی چندین هزار سال سابقه دارد. کدخدایان، نفوذ بسیاری برای اهالی روستا داشتند و این نفوذ از سواد، ثروت، قدرت کلام و استعداد مدیریتی ایشان سرچشمه می‌گرفت. هرچه کدخدایان در میان روستاییان از اعتبار و جایگاه بالاتری برخوردار بودند، حل دعاوی مربوط به تقسیم اراضی کشاورزی، مراتع، آبیاری و مشکلات خانوادگی، دعاوی مالی و حتی اجرای احکام دولتی بهتر صورت می‌گرفت. برخلاف ایران که کدخدانمنشی سیستمی سنتی برای حل اختلافات برشمرده می‌شود و جز چند ماده قانونی، کارایی چندانی در حقوق ایران ندارد، فرانسه توانسته است بین دنیای حقوق و این شیوه عرفی (کدخدانمنشی) ارتباطی مؤثر برقرار کند. در آغاز، کدخدانمنشی به عنوان روشی از انواع «داوری‌های خارج از قاعده»، به ویژه در حوزه داوری بین‌الملل شناخته می‌شد. با این حال، از سال ۱۹۷۵ با تصویب قانون جدید آیین دادرسی مدنی در فرانسه، کدخدانمنشی گزینه‌ای دوم برای افرادی شد که برای حل و فصل منازعات به دادگاه آمده بودند. مطابق ماده ۱۲ این قانون، طرفین این فرصت را داشتند که از قاضی پرونده درخواست رسیدگی کدخدانمنشانه داشته باشند. این شیوه که به عنوان «دادرسی کدخدانمنشانه» معرفی می‌شود، به پیشنهاد این مقاله، از آنچه درباره نهاد صلح و سازش در قانون آیین دادرسی ایران طرح شده است و نیز در مقایسه با شوراهای حل اختلاف، می‌تواند سیستمی کارآمدتر باشد. بنابراین، این مقاله به این پرسش پاسخ می‌گوید که «با توجه به معنای کدخدانمنشی، دادرسی کدخدانمنشانه چیست و چه ضرورتی برای سیستم قضایی ایران دارد؟»

در آغاز، برای بررسی بهتر «دادرسی کدخدانمنشانه»، باید به ماهیت کدخدانمنشی پرداخت که این امر، نخست با مطالعه معنای کدخدانمنشی در آثار حقوقی که عمدتاً در عرصه داوری بین‌المللی است، آغاز می‌شود و به دیدگاه مقاله، درباره ذات اصلی کدخدانمنشی و تفاوت بنیادین آن با داوری و قضاوت ختم می‌شود. پس از آن، نهاد دادرسی کدخدانمنشانه در فرانسه بررسی و سپس بیان می‌گردد که برای ایجاد این نهاد در سیستم قضایی ایران چه مقدماتی نیاز است و در نهایت، با بررسی مبانی دادرسی کدخدانمنشانه و تفاوت آن با دیگر نهادها، لزوم استفاده از کدخدانمنشی در دادرسی قضایی به اثبات می‌رسد.

بررسی مفهوم کدخدانمنشی

در قدیم رسم بر این بود که وقتی نزاعی بین دو نفر شکل می‌گرفت، نزد بزرگ و کدخدای ده می‌رفتند و او نیز با نفوذ کلام و جایگاهی که نزد طرفین داشت، اختلاف ایشان را فیصله می‌داد. کدخدا فردی باسواد و بانفوذ و غالباً ثروتمند بود و مردم احترام زیادی به او می‌گذاشتند.

به طوری که به اصطلاح، سخن او سخن آخر بود. فیصله اختلافات از طریق کدخدامنشی تا سالیان طولانی، اصلی ترین شیوه حل اختلاف بر شمرده می شد؛ ولی به مرور زمان و با تغییر سبک زندگی و پیچیده تر شدن روابط اجتماعی و رسمیت یافتن عدلیه و دادگستری، کدخدامنشی به روشی غیررسمی برای حل اختلافات بدل شد. به حدی که به حل اختلافات محلی یا خانوادگی محدود شده است؛ هرچند پس از ناکامی دادگستری در حل اختلافات، دوباره سبک هایی مثل کدخدامنشی، موضوع محافل علمی و حقوقی شد که نتیجه آن، تشکیل شوراهای حل اختلاف در ایران با توسل به شیوه کدخدامنشی برای حل و فصل دعوا بود؛ در حالی که بیش از یک قرن است که کدخدامنشی وارد داوری بین المللی شده است.

اواسط قرن بیستم در سال ۱۹۵۰ تا ۱۹۸۰ آرای متعددی با شیوه کدخدامنشی صادر شد که به مرور از اوایل ۱۹۹۰ تعداد این آرا کاهش یافت و هم اکنون، کدخدامنشی از دوران طلایی خود عبور کرده است.^۱ معادل فرانسوی کدخدامنشی (Amiable Compositeur) است که برگرفته از عبارت لاتین (Amicabilis Compositus) در قرن سیزدهم است و منظور از آن، شخص ثالثی است که قدرت قضایی نداشته است، اما طرفین او را به عنوان میانجی انتخاب کرده اند.^۲ واژه (Amiable) به معنای مهربان و دوستانه است و در اصل، به مصالحه و سازش اشاره دارد. واژه (Compositeur) نیز به معنای پیمان و توافق میان طرفین یک قرارداد است و پیوند این دو واژه، (Amiable Compositeur)، به معنای تمایل طرفین به ایجاد توافق برای حل و فصل منازعات از طریق مصالحه و با توجه به قرارداد و روابط تجاری بین المللی بین خودشان است.^۳ البته (Amiable) چرخشی معنایی داشته است که از ماهیت دوگانه کدخدامنشی حکایت می کند و نشان می دهد که با گذر زمان، مواجهه نظام های حقوقی با کدخدامنشی تفاوت کرده است.^۴ همان گونه که گفته شد، (Amiable) در آغاز به معنای سازش و مصالحه بود؛ بنابراین اصطلاح (Amiable Compositeur) بیشتر به نهاد میانجی گری نزدیک بود، اما با تغییر معنای (Amiable) کدخدامنشی دیگر صرف سازش نیست و به نهادی با قدرت صدور حکم تبدیل شده است. (Compositeur) نیز که به معنای توافق بین طرفین در قرارداد است، در کنار (Amiable) به حل و فصل اختلافات به نحو دوستانه، به نفع قرارداد و تجارت بین المللی اشاره دارد.^۵

1. See: Ahmet Cemil Yildirim, 2014: 34.

2. See: Ahmet Cemil Yildirim, 2014: 34.

3. See: Dumisic, Amir, 2009: 11.

۴. «(Amiable Compositeur) معنای امروزی خود را با قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه ۱۸۰۶ به دست آورده است. (Ahmet Cemil Yildirim, 2014: 34)

5. See: Dumisic, Amir, 2009: 9.

هم‌اکنون، نهاد کدخدامنشی از انواع داوری شناخته می‌شود که در بسیاری از قوانین ملی^۱ و مؤسسات ADR^۲ و نیز قانون نمونه آنسیترال^۳ بدان اشاره شده است؛ هرچند تعریفی دقیق از کدخدامنشی در این قوانین وجود ندارد و تقریباً هر کشور و قانونی تعریف خاص خود را دارند.^۴ با این حال، مفهومی مشترک از کدخدامنشی در داوری درک می‌شود که طرفین داور را به‌عنوان کدخدامنش انتخاب می‌کنند و کدخدامنش بی‌آنکه از سوی نظام قضایی و قانون در تنگنا باشد، بر اساس تصویری که از اصل انصاف^۵ دارد، رأی صادر می‌کند. از این جهت، اصطلاح (Amiable Composition)^۶ مانند گذشته به معنای مصالحه و سازش نیست، بلکه همان داوری است که در آن خواهان و خوانده وجود دارد و در پایان، یک طرف برنده و طرف دیگر محکوم می‌شود و رأیی که در نتیجه‌ی کدخدامنشی صادر می‌شود، لازم‌الاجراست و هیچ طرفی نمی‌تواند از آن سرباززند.^۷ از این جهت، اگر پرسیده شود: آیا کدخدامنشی در دنیای امروز نهادی میانجی‌گر و مصالحه‌جوست یا آنکه نهادی مشابه قضاوت است؟ پاسخ آن است که کدخدامنشی هرگز نمی‌تواند به معنای واقعی میانجیگری باشد؛ زیرا رأیی که در کدخدامنشی صادر می‌شود، لازم‌الاجراست؛ در حالی که میانجیگری به معنای واقعی کلمه، شیوه‌ای غیر الزامی است؛ هرچند حقیقت کدخدامنشی سازش و صلح است، اما ویژگی الزام‌آور آن باعث می‌شود که ذاتاً متفاوت باشد.^۸ با این حال، درون کدخدامنشی هنوز روح مصالحه‌گری و سازش‌طلبی وجود دارد؛ چراکه طرفینی که کدخدامنشی را انتخاب کرده‌اند، با یکدیگر توافق کرده‌اند که از حقوق قانونی خود دست بکشند تا داور به شکل کدخدامنشی بر اساس اصول انصاف پیشنهاد حکم کند و چون کدخدامنشی بیشتر از داوری معمولی به همکاری طرفین نیاز دارد، تمرکز اصلی کدخدامنشی بر جنبه‌های روانی و تجاری اختلاف است؛ بنابراین آنچه در این روش اهمیت دارد، حل تعارض بین طرفین است و نه جنبه حقوقی آن. به همین دلیل، به افرادی

۱. نک: ماده ۱۱۴ قانون آیین دادرسی مدنی ایتالیا؛ ماده ۳/۱۰۵۴ قانون آیین دادرسی مدنی هلند؛ ماده ۲/۱۸۷ قانون سوئیس حقوق بین‌الملل خصوصی؛ ماده ۱/۱۷۰۰ قانون عدالت بلژیک ۱۹۹۸؛ ماده ۳/۱۰۵۱ ZPO آلمان ۱۹۹۷؛ ماده ۳/۴۲ واشنگتن ۱۹۶۵ و نیز ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌الملل ایران (۱۳۷۶).

۲. نک: قوانین داوری دیوان داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی (ICC) ماده ۲۱/۳؛ هیئت داوری تجاری کره (KCAB) ماده ۳/۲۵؛ دادگاه داوری بین‌المللی لندن (LCIA) ماده ۴/۲۲؛ اتاق بازرگانی استکهلم (SCC) ماده ۳/۲۲؛ موسسه داوری آلمان (DIS) ماده ۳/۲۳.

۳. ماده ۳/۲۸ قانون نمونه آنسیترال در مورد داوری تجاری بین‌المللی.

۴. JANA HERBOCZKOVÁ, n.d.2.

۵. اصل انصاف، به معنای دخالت دادن حکم وجدان و عقل سلیم در صدور است. این اصل که به‌عنوان قواعد حقوقی و مبتنی بر مقررات موضوعه می‌شود، ایفاگر نقش‌های تعدیل، تکمیل و تصحیح حقوق است و توسل به آن حسب نظام‌های مختلف حقوقی اغلب به رضایت طرفین اختلاف نیاز ندارد (نک: مطیعی و البرزی ورکی، ۱۳۹۷: ۱۵۶).

۶. معادل انگلیسی کدخدامنشی.

۷. See: Ahmet Cemil Yildirim, 2014: 36.

۸. See: Einberg, 1994: 243-244.

که می‌خواهند روابط تجاری خود را حفظ کنند، مانند طرفین قراردادهای بلندمدت، حل اختلاف به شیوه کدخدامنشی توصیه می‌شود که البته به این معناست که این شیوه مناسب افرادی نیست که روابط تجاری نزدیکی ندارند و نمی‌خواهند به همکاری خود ادامه دهند.^۱ به همین دلیل، از زمان تصویب قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه در سال ۱۸۰۶، لازم است که حتماً طرفین در قرارداد داوری خود ذکر کنند که داور قدرت کدخدامنشی دارد، وگرنه مفروض همه قراردادهای داوری این است که داوران باید طبق قانون و قواعد حقوقی حکم کنند؛ چنان‌که در بند سه ماده ۲۸ قانون نمونه آنسیترال به این امر تصریح شده است.

باوجوداین، همچنان این پرسش باقی است که با چنین تفسیری از کدخدامنشی چه تفاوتی بین کدخدامنشی و داوری مبتنی بر اصل انصاف^۲ یا داوری مطابق اصل عدل و انصاف^۳ وجود دارد؟ برخی معتقدند این مفاهیم با یکدیگر معادل هستند و استفاده از هر یک از این اصطلاحات در قرارداد تنها یک مسئله ترجیح زبانی است،^۴ اما این عقیده به‌طور جهانی پذیرفته‌شده نیست و بسیاری بر تمایز دقیق بین این اصطلاحات اصرار دارند.^۵ ازاین‌جهت، برخی بر این باورند که در کدخدامنشی می‌توان به دامنه‌ای وسیع از مفاهیم رجوع کرد و برخلاف داوری مبتنی بر اصل عدل و انصاف، کدخدامنشی صرفاً بر مفاهیم انصاف و عدالت متکی نیست و از منابع گوناگونی برای حل و فصل منازعه می‌توان بهره گرفت.^۶ ازاین‌جهت، برخی ماهیت کدخدامنشی را از نوع اسقاط حق دانسته‌اند و همان‌گونه که شرط داوری حق رجوع به دادگاه‌های ملی را ساقط می‌کند، شرط کدخدامنشی نیز حق حل اختلاف بر اساس قانون را از بین می‌برد.^۷ در مقابل، برخی دیگر رعایت قوانین آمره را در کدخدامنشی لازم دانسته‌اند؛^۸ چنان‌که در سیستم‌های حقوقی، مانند سوئیس و فرانسه، داوری مبتنی بر اصل عدل و انصاف از قید قوانین آمره آزاد است و تنها متعهد به رعایت نظم عمومی است. بنابراین، رأی داوری مبتنی بر اصل عدل و انصاف حتی می‌تواند در تضاد با قوانین اساسی باشد؛ درحالی‌که کدخدامنشی مستلزم خروج کامل از قانون نیست و لذا کدخدامنش نخست باید مقررات قانونی را در نظر بگیرد و سپس عادلانه و منصفانه آن را اصلاح

1. See: Ahmet Cemil Yildirim, 2014: 36.

2. Equity.

3. Ex aequo et bono.

۴. نک: حمیدیان و دیگران، ۱۳۹۶: ۲۲.

5. See: Belohlavek, 2013: 30.

6. See: Maniruzzaman, 2013: 5.

7. See: Hilgard and Brude, 2014: 6.

8. See: Maniruzzaman, 2013: 1.

و تعدیل کند. به تعبیری، کدخدانمنشی نقطه تعادل میان خط است که یک سر این خط قانون و سر دیگر آن عدالت قرار دارد.^۱ برخی دیگر باورمندند، داوری که به طور کدخدانمنشی به حل اختلاف می‌پردازد، می‌تواند به قواعد حقوق بازرگانی فراملی رجوع کند و استناد به حقوق بازرگانی فراملی ضرورتاً به معنای تصمیم‌گیری بر اساس انصاف نیست.^۲ از نظر بعضی دیگر، کدخدانمنش صرفاً قواعد سخت‌گیرانه حقوقی را تعدیل نمی‌کند، بلکه این قدرت را دارد که اگر اجرای قانون را سبب نقض انصاف ببیند، قانون را نادیده بگیرد؛^۳ برای مثال تعدیل تاریخ پرداخت، به این دلیل که بیشتر پروژه‌های ساختمانی تکمیل شده است، تغییر قیمت به این دلیل که تعادل اقتصادی و اساسی بین طرفین تغییر کرده است، برقراری تناسب برای خسارت‌های جبران‌شده، اصلاح شرایط قرارداد در صورت تورم غیرمنتظره یا اصلاح نرخ ارز و موارد مشابه که در کدخدانمنشی تصمیم‌گیری می‌شود؛^۴ چنان‌که دادگاه داوری ICC در رأی شماره ۳۳۴۴ سال ۱۹۸۲ اظهار داشت که «اگر اجرای قانون منجر به نتیجه غیرمنصفانه شود، داوری می‌تواند آن قانون را اجرا نکند یا حداقل اثر آن را برای رسیدن به نتیجه منصفانه تخفیف و تعدیل بخشد» (عبدالله خدابخشی، ۱۳۹۷: ۶۵۷).

با این حال، اختیار کدخدانمنشان بی‌حد و حصر نیست و به‌طور کلی دو محدودیت دارد: یکم، در کدخدانمنشی باید به نظم عمومی توجه شود و دوم، حیطه اختیارات کدخدانمنشی محدود به مفاد قرارداد طرفین است؛ بنابراین این اراده صریح طرفین است که کدخدانمنش را بر استفاده از انصاف و شروط داوری دلالت می‌کند. البته در دو مورد استثنایی نیز کدخدانمنشان می‌تواند توافق قراردادی طرفین را کنار گذارند یا اصلاح کنند. استثنای نخست مربوط به جایی است که خود طرفین به صراحت چنین اختیاری را به کدخدانمنشان داده‌اند و استثنای دوم در صورتی است که نتیجه برآمده از مفاد قرارداد، نشان دهد طرفین قادر نبوده‌اند همه مواردی که ممکن است در طول فرایند قرارداد رخ دهد، پیش‌بینی کنند.^۵

از آنچه تاکنون گفته شد، به این نتیجه می‌رسیم که کدخدانمنشی در داوری بین‌المللی شیوه‌ای فراتر از میانجی‌گری است و کدخدانمنش می‌تواند رأی صادر کند، با این شرط که به قواعد آماره قانونی احترام بگذارد؛ ولی اگر قوانین تکمیلی را خلاف انصاف دید، می‌تواند بر اساس منابعی، مانند اصول انصاف، قانون را تعدیل یا حتی نادیده بگیرد.

1. See: Landrove, 2009: 275-276.

۲. شهبازی‌نیا و دیگران، ۱۳۹۶: ۱۸۴.

3. See: Park, 2014: 75.

4. See: Park, 2014: 75.

5. See: Hilgard & Brude, 2014: 16.

با این حال، همچنان ماهیت کدخدامنشی چندان آشکار نیست. این سردرگمی را می‌توان در مقالاتی که درباره تفاوت کدخدامنشی با داوری مبتنی بر انصاف وجود دارد، مشاهده کرد؛ برای مثال واینبرگ می‌گوید:

داور می‌تواند کدخدامنش نباشد، اما بر اساس اصول انصاف و عدالت حکم کند؛ چنان‌که اصول انصاف در بسیاری از سیستم‌های حقوقی گنجانده شده است. بنابراین، کدخدامنشی باید معنایی بیش از حکم کردن منصفانه باشد.^۱ او در تلاش برای یافتن معنای کدخدامنشی می‌نویسد: مأموریت حقیقی کدخدامنشی، ایجاد هارمونی و توازن میان طرفین است تا نوعی جدید از روابط حقوقی بین طرفین شکل بگیرد و این هدف برای کدخدامنشی هنوز از بین نرفته است. طرفین سرخورده از آنچه دادگاه تصمیم می‌گیرد در جستجوی راه‌حلی غیر قضایی به داوری متوسل می‌شوند. در این حالت، احتمالاً طرفین به دنبال نوعی «سازش» و مسیری منعطف برای حل مشکل خود هستند (Weinberg, 1994: 244).

یا روبینو - سامارتانو معتقد است که تمایزی بنیادین بین کدخدامنشی و داوری مبتنی بر انصاف وجود دارد. وقتی طرفین به داور مأموریت کدخدامنشی می‌دهند به او دستور داده‌اند که بینشان مصالحه کند؛ درحالی‌که در داوری مبتنی بر انصاف، برای تعدیل قوانین سخت‌گیرانه اختیار داده‌اند.^۲ طبق این دیدگاه، نمی‌توان گفت که کدخدامنشی به معنای دقیق حکم کردن است، بلکه در حین فرایند کدخدامنشی، افزون بر اینکه درباره خود اختلاف تصمیم‌گیری می‌شود، قرار است خصومت نیز از بین برود.^۳

گویا، سبب چنین سردرگمی‌ای، تمرکز محققان بر ویژگی‌های عرضی کدخدامنشی است که تا حد زیادی منوط به توافق طرفین یا خواست قانون است، اما درباره ماهیت و ذات کدخدامنشی کم بحث شده است. از این جهت، گفتمان‌هایی مثل اینکه آیا کدخدامنشی شیوه‌ای الزام‌آور است یا اینکه منابع مورد ارجاع کدخدامنشی قانون است یا اصول انصاف یا چیز دیگر یا حتی اینکه کدخدامنشی میانجی‌گری است یا داوری، هیچ‌کدام به ذات اصلی کدخدامنشی اشاره ندارد، بلکه پاسخگوی این پرسش‌ها قانون و رویه قضایی هر کشور و خواست طرفین است، نه خود معنا و ماهیت کدخدامنشی. حال آنکه نیاز است پیش از هر بحث، ماهیت کدخدامنشی شناخته شود. بر این اساس، در نخستین مأموریت این مقاله به این پرسش پاسخ می‌دهیم که کدخدامنشی ذاتاً چیست و به‌طور ماهوی چه تفاوتی با قضاوت و داوری دارد.

1. Weinberg, 1994: 232.

2. See: Rubino-Sammartano, 1992: 1.

3. See: Belohlavek, 2013: 30.

بررسی ماهیت کدخدامنشی

در باب کدخدامنشی، مسلّم است که کدخدامنشی روشی عرفی و کوچه‌بازاری است و لسانی غیرحقوقی دارد. از این جهت، برخلاف داوری و قضاوت که در راستای احقاق حقوق قانونی عمل می‌کنند، در کدخدامنشی مرزی بین حق قانونی و اخلاقی وجود ندارد.^۱ هنگامی که اختلافی میان دو طرف رخ می‌دهد، نخست خواهان باید بررسی کند که چه حقی از او سلب شده است. سپس بر اساس اصطلاحات حقوقی آن را در دادگاه مطالبه کند. پس از آن، قاضی یا داور ادله‌ای را که طرفین ارائه کرده‌اند، با دقت بررسی می‌کند و بر اساس مواد قانونی تصمیم می‌گیرد که کدام طرف، ادله محکم‌تری ارائه کرده است و در نهایت، حکم می‌کند که حق مطالبه‌شده به خواهان تعلق دارد و آیا خواننده باید آن حق را به خواهان بپردازد یا خیر. بنابراین، از همان آغاز ورود اختلاف به دادگاه قضایی یا داوری، تمرکز بر ادله و مدارکی است که طرفین ارائه می‌کنند و هدف آن است که مشخص شود آیا حق خواسته‌شده مطابق قانون به خواهان تعلق می‌گیرد یا خیر؟ اما اینکه آیا این مطالبه حق قانونی باعث حل و فصل اختلاف و تنظیم دوباره روابط می‌شود یا آنکه به‌طور کلی رابطه را قطع می‌کند، در دستور کار دادگاه نیست. گویی همه اختلافات خلاصه در کشمکش بر سر حقوقی است که قانون از آن حمایت می‌کند. این در حالی است که دغدغه کدخدامنشی فراتر از چند ماده و تبصره و قاعده حقوقی است.

نوع نگرش کدخدامنشی به مسائل متفاوت از نگاه قاضی و داور به همان مسائل است. در کدخدامنشی، تمرکز بر حق قانونی مطالبه‌شده یا دلیل ارائه‌شده نیست؛ بلکه به خود اختلاف توجه دارد. اینکه چه عواملی سبب شده است این اختلاف پدید آید و چه می‌توان انجام داد که این اختلاف برطرف شود، بی‌آنکه نیاز باشد به قهر و غلبه قانونی و قضایی متکی شد. کدخدامنش به دنبال یافتن فرد مقصر نیست، بلکه در جست‌وجوی راهی برای گشودن گره اختلاف است. همان‌گونه که رنه دیوید داور را خالق ایده‌ای می‌بیند که بین طرفین سازش می‌سازد، منافع آنان را در یک مسیر قرار می‌دهد و مفهومی متفاوت از قانون به نمایش می‌گذارد؛ هرچند کمال مطلوب طرفین نباشد.^۲ واینبرگ، در توضیح این دیدگاه می‌گوید: «چنین انعطافی زمانی رقم می‌خورد که داوری از حالت قضاوت به سمت کدخدامنشی برود» (Weinberg, 1994: 244).

۱. حق حقوقی، حقی است که از سوی مقام صلاحیت‌دار وضع شده است و دولت از آن حمایت می‌کند. در مقابل، حق اخلاقی را شرع و عرف قرار داده است و از آن حمایت می‌کنند (نک: دانش‌پژوه و عابدینی، ۱۳۹۹: ۳۱).
2. See: David, 1985: 333-334.

با مثالی بهتر، می‌توان تفاوت کدخدامنشی از قضاوت را توضیح داد. خانمی که برای گرفتن مهریه به دادگاه آمده است، پیش قاضی می‌رود و ادله خود، مانند سند ازدواج و شاهدان و مقدار مهریه که ثبت شده را به دادگاه ارائه می‌کند و قاضی پس از بررسی ادله، مهریه خانم را از مرد طلب می‌کند؛ ولی در شیوه کدخدامنشی، دلیل مطالبه مهریه از خانم پرسیده می‌شود. به او تذکر داده می‌شود که طلب مهریه در هنگام اختلاف، به احتمال زیاد به جدایی و طلاق می‌انجامد. این مطالبه مهریه نه تنها اختلاف را حل نمی‌کند، بلکه آن را شعله‌ورتر می‌سازد. سپس به جای حکم دادن طبق قانون برای طلب مهریه، به معاضدت بین همسران حکم می‌دهد و گاه خانواده دو طرف را احضار می‌کند و به سخنان آنان نیز گوش می‌دهد و آنچه را که برای حل مشکل لازم است به زن و مرد و خانواده ایشان توصیه می‌کند. حتی ممکن است در این میان، خلاقیت به خرج دهد و برای نزدیک شدن قلب زن و مرد به یکدیگر و جلب محبت بیشتر، از مرد بخواهد همسرش را به سفر ببرد و یا برای او هدیه بخرد. بی شک، نتیجه کدخدامنشی بسیار متفاوت از حکم کردن به صورت داوری و قضاوت است. این تفاوت، تنها در دعوی خانوادگی نیست، بلکه هر رابطه حقوقی که به اختلاف می‌خورد، نیازمند آن است که به صورت ریشه‌ای بررسی شود. حکم کردن بر اساس مدرک و حمایت از مطالبه حق قانونی نتیجه‌ای جز قطع شدن روابط حقوقی ندارد؛ در حالی که تنظیم روابط حقوقی به عنوان تعریف و هدف علم حقوق با شیوه‌هایی مانند کدخدامنشی امکان‌پذیر است. بنابراین، کدخدامنشی ماهیت فراحقوقی دارد که نه تنها هنگام تصمیم‌گیری برای اختلاف به قانون ملتزم نیست، بلکه در تک‌تک مراحل و جزئیات، متفاوت از داوری و قضاوت عمل می‌کند. اختلافی طرح شده، حقی که به دلیل آن اختلاف مطالبه شده است، نوع نگاهی که به اختلاف شده است، معنای حق، فلسفه و هدف آن و شیوه‌ای که برای حل اختلاف استفاده شده است، به‌طور کلی در کدخدامنشی بر اساس مناسباتی بشری است که ابعاد گوناگون اجتماعی، فرهنگی، اقتصادی و غیره دارد که حقوق و قواعد قانونی یکی از آن ابعاد است.

تنها وجه مشترک بین قضاوت و داوری با کدخدامنشی در این است که رأی که کدخدامنش صادر می‌کند از ضمانت‌اجرای قانونی برخوردار است. البته در گذشته، کدخدامنشی ضمانت‌اجرای عرفی داشت که به شخصیت کدخدا و جایگاه اجتماعی او برمی‌گشت؛ بنابراین نیاز نبود تصمیماتش با قانون و قواعد حقوقی مطابقت داشته باشد، اما از هنگامی که کدخدامنشی به عنوان شیوه حل و فصل حقوقی اختلاف شناخته و از ضمانت‌اجرای

قانونی برخوردار شد، هویت آن نیز در لابه‌لای متون قانونی گم شد؛ چراکه نظام قضایی از رأی حمایت می‌کند که مطابق قانون باشد؛ درحالی‌که کدخدانمنشی در قیدوبند قانون نیست. بدین‌جهت، به‌مرور هویت خود را از دست داد تا آنکه امروز مرز آشکاری میان داوری و کدخدانمنشی وجود ندارد.^۱ منازعه نظام حقوقی کامن‌لا با فرانسه از همین جهت است؛ چراکه در کامن‌لا صرفاً رأی که طبق قانون صادر شود، ضمانت‌اجرای قضایی دارد و در غیر این صورت، آرای آن معتبر نیست.^۲

البته این نظر با رأی قاضی انگلیسی در سال ۱۹۸۹ شکست^۳ و امروزه تعدیل شده است.^۴ در واقع، آنچه رخ داده بدین علت است که کدخدانمنشی به‌درستی درک نشده و برخوردار بودن کدخدانمنشی از ضمانت‌اجرای قضایی مزید علت شده است تا کدخدانمنشی در داوری و قضاوت مضمحل شود؛ درحالی‌که اگر داوری بین‌الملل همان‌گونه که ICC می‌گوید، می‌خواهد وظایف کدخدانمنش را بر عهده بگیرد،^۵ باید آن را با همان هویت فراحقوقی اجرا کند و حمایت قضایی از رأی کدخدانمنشی باید ناظر بر همان مفهوم فراحقوقی کدخدانمنشی باشد.

حقیقت آن است که سلطه قضاوت و قانون بر کدخدانمنشی، با ایجاد نهادهای هم‌عرض، مانند خانه انصاف یا شوراهای حل اختلاف پایان نمی‌پذیرد؛ بلکه این ذهن قضایی است که باید نوع نگاه خود به اختلافات تجاری، مدنی، خانوادگی و حتی کیفری را تغییر دهد. این امر به آموزش و تجربه نیاز دارد. در گام نخست، قضات دادگستری باید نوع نگاه خود به اختلافات را تغییر دهند و حل مسئله به شیوه کدخدانمنشی را یاد بگیرند تا به‌مرور، در همه جامعه گسترش یابد. از این جهت، به ماده قانونی مشابه آنچه در ماده ۱۲ قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه بیان شده است، در باب نهاد «دادرسی کدخدانمنشانه» نیاز داریم. در گفتار بعد، به آشنایی بیشتر با دادرسی کدخدانمنشانه و شرایط آن خواهیم پرداخت.

1. See: Rubino-Sammartano, 2001: 724.

2. See: Weinberg, 1994:236.

3. Home & Overseas Ins Co v Mentor Ins Co 1989.

4. See: Weinberg, 1994: 237.

۵. در قواعد ICC ماده ۲۱ (۳) (نسخه ۲۰۱۲) آمده است: «دیوان داوری باید وظایف کدخدانمنش را بر عهده بگیرد یا مبتنی بر اصل انصاف رأی دهد، به شرط آنکه طرفین بر چنین اختیاری توافق کرده باشند». برخی در تفسیر این ماده بیان کرده‌اند که ICC کاملاً متوجه تفاوت کیفی بین این دو روش است؛ زیرا کدخدانمنشی: «روش عملی» است؛ درحالی‌که داوری مبتنی بر انصاف مستلزم «تصمیم‌گیری و حکم دادن» است (Belohlavek, 2013: 16) البته این نظر معنا نیست که رأی کدخدانمنشی الزام ندارد، بلکه از حقیقت کدخدانمنشی و داوری سخن می‌گوید.

دادرسی کدخدامنشانه

«دادرسی کدخدامنشانه» از نوآوری‌های کلان آیین دادرسی مدنی ۱۹۷۵ فرانسه است. در بخش آخر ماده ۱۲ آیین دادرسی مدنی فرانسه آمده است:

... همچنین، در خصوص اختلاف موجود، طرفین می‌توانند در همان موضوعات و تحت همان شرایط، به دادرس مأموریت صدور حکم به صورت کدخدامنشانه با حق پژوهش‌خواهی بدهند، مگر اینکه حق اخیر، مخصوصاً اسقاط شده باشد^۱ (محسنی، ۱۳۹۵: ۸۲).

بدین ترتیب، تنها کافی است طرفین دعوا از قاضی بخواهند که اختلافشان را کدخدامنشانه حل کند. همچنین، همواره امکان تجدیدنظرخواهی برای طرفین دعوا در این شیوه وجود دارد، مگر اینکه طرفین به صراحت این حق را از خود سلب کنند و در صورت تجدیدنظرخواهی، قاضی استیناف نیز باید کدخدامنشانه به دعوا رسیدگی کند.^۲

در دادرسی کدخدامنشانه سه شرط وجود دارد: یکم، طرفین دعوا باید به قاضی اختیار کدخدامنشی بدهند. دوم، این اختیار باید به صورت صریح داده شود و سوم، طرفین در همان زمان مراجعه به قاضی، برای دادرسی کدخدامنشانه توافق کنند. پس اگر پیش از ایجاد اختلاف توافق کنند، معتبر نیست. این شرط بسیار سخت‌گیرانه وضع شده و همین امر نیز سبب شده است که دادرسی کدخدامنشانه به ندرت درخواست شود؛ زیرا زمانی که اختلافی بروز می‌کند، طرفین دیگر اتفاق نظر ندارند و صرفاً می‌خواهند منافع خود را تعقیب می‌کنند؛ بنابراین حداقل یک طرف ترجیح می‌دهد که دعوا دقیقاً طبق قانون بررسی شود.^۳

ویژگی دیگر دادرسی کدخدامنشانه فرانسوی این است که هر اختلافی را می‌توان رسیدگی کرد، جز پرونده‌هایی که قانون اختیار کامل آن را به طرفین نداده است؛ مثل دعوای مربوط به احوال شخصیه و طلاق. همچنین، مانند داوری، امکان دادرسی کدخدامنشانه در حقوق مربوط به نظم عمومی وجود ندارد. از سوی دیگر، محدودیت‌هایی برای قضاوت کدخدامنشانه فرانسوی وجود دارد. قاضی کدخدامنش باید به اصول اساسی دادرسی منصفانه احترام بگذارد؛ از جمله اینکه افراد حق دارند که در مدت زمانی معقول، از منافع خود دفاع کنند و دادگاه سخنان طرفین را

1. Le litige né, les parties peuvent aussi, dans les mêmes matières et sous la même condition, conférer au juge mission de statuer comme amiable compositeur, sous réserve d'appel si elles n'y ont pas spécialement renoncé.

2. See: "Mesures alternatives au procès: Amiable compositeur," 2021.

3. See: "Mesures alternatives au procès: Amiable compositeur," 2021.

مستقیم و بی‌واسطه بشنود. همچنین، باید زمان و امکانات کافی در اختیار طرفین باشد که دفاعیات خود را آماده سازند و نیز برای برقراری ارتباط با مشاور خود فرصت داشته باشند یا از وکیل کمک بگیرند. همچنین، تمامی طرفین دعوا باید از همه ادله و اسناد موجود در پرونده اطلاع داشته باشند و بتوانند آزادانه در بحث‌های دادگاه شرکت کنند و نیز در دادرسی کدخدامنشانه، اصل استقلال قاضی باید رعایت شود. همچنین، به قاعده تناظر در این دادرسی نباید خدشه‌ای وارد شود و بر این اساس، هر یک از طرفین باید فرصت کافی داشته باشند که به ادعاهای ارائه‌شده علیه ایشان در دادگاه، پاسخ دهند. در نهایت اینکه، قاضی کدخدامنش موظف است مستندات خود را در رأی قید کند. نکته گفتنی دیگر اینکه، قاضی کدخدامنش می‌تواند رأی خود را طبق مبانی عدل و انصاف و یا قواعد حقوقی و قانونی صادر کند، به شرط آنکه به راه‌حلی عادلانه برای فیصله اختلاف بینجامد.^۱

بدین ترتیب، در فرانسه نوعی دادرسی برقرار شده است که همراه با رعایت اصول دادرسی، کدخدامنشانه اختلافات حل می‌شود. البته فرانسه نیز آن‌طور که شایسته است، نتوانسته کدخدامنشی را جایگزین قضاوت محض کند، اما همین‌که طرفین می‌توانند قاضی را ملزم کنند که اختلاف بینشان را به روش کدخدامنشی فیصله دهد، فرصتی طلایی است که سیستم قضایی از حالت سنتی خود خارج شود و با شیوه‌های فراحقوقی حل اختلاف انس گیرد.

اکنون اگر بخواهیم از دادرسی کدخدامنشانه در سیستم قضایی ایران استفاده کنیم باید به چند نکته توجه کنیم:

۱. توافق برای دادرسی کدخدامنشانه باید به‌طور کامل در اختیار طرفین اختلاف باشد. یکی از اشتباهات قانون فرانسه همین است که توافق برای دادرسی کدخدامنشانه را صرفاً هنگام اختلاف ممکن دانسته است؛ یعنی دقیقاً همان زمان که طرفین همه مصالح مشترک را به دلیل منافع شخصی نادیده می‌گیرند.^۲ همچنان‌که اجبار طرفین به کدخدامنشی نیز نتیجه معکوس دارد؛ چراکه در نهایت، این کدخدامنشی است که در قضاوت مضمحل می‌شود و جز نام و رسمی از آن باقی نمی‌ماند. فاصله گرفتن شوراهای حل اختلاف از هدف تأسیس خود، از این واقعیت خبر می‌دهد. طرفین باید بتوانند در هر مرحله، چه پیش از اختلاف چه پس از آن، برای رسیدگی به سبک کدخدامنشی صلح کنند، بی‌آنکه اراده برای توافق بر کدخدامنشی به هر نحوی محدود شود.

1. See: "Mesures alternatives au procès: Amiable compositeur," 2021.

2. "Mesures alternatives au procès: Amiable compositeur," 2021.

بررسی دادرسی کدخدامنشانه با توجه به ماهیت کدخدامنشی... / طلابکی طرقي ۲۷۱

۲. باید جایگاه اصول دادرسی منصفانه، مانند اصل تناظر، استقلال و بی طرفی کدخدامنش، لزوم مستند بودن تصمیم کدخدامنشی و منع تحصیل دلیل در کدخدامنشی شناخته شود و در ضمن توجه به این نکته که محدود کردن کدخدامنش دست او را برای حل اختلاف می بندد، به همان سان آزادی بی حد و حصر در کدخدامنشی به حقوق دادرسی طرفین خدشه می زند.

۳. توسعه کدخدامنشی به زمان و آموزش و فرهنگ سازی نیاز دارد. نباید انتظار داشت به صرف اضافه شدن یک ماده و تبصره تحولی عظیم در حل منازعات و اختلافات رخ دهد؛ بلکه باید به قضات دادگستری، وکلا، داوران و افراد جامعه، کدخدامنشی آموزش داده شود تا با فرهنگ ایرانی عجین شود.

نهایت سخن آنکه، اگر بتوانیم کدخدامنشی را به عنوان گزینه‌ی دوم یافتن راه‌حلی برای فیصله اختلافات در کنار دست قاضی قرار دهیم، مزایای متعدد برای دستگاه قضایی کشور و فرهنگ عمومی به ارمغان داشته، از جهاتی گوناگون بر دیگر نهادهای مشابه برتری دارد.

امکان‌سنجی اعمال دادرسی کدخدامنشانه در ایران

مهم‌ترین مانع پذیرش دادرسی کدخدامنشانه در ایران، ماده ۳ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب است. مطابق این ماده، قضات دادگاه‌ها موظف‌اند موافق قوانین به دعاوی رسیدگی کرده، حکم مقتضی صادر یا فصل خصومت نمایند. در صورتی که قوانین موضوعه کامل یا صریح نبوده یا متعارض باشد یا اصلاً قانونی در قضیه مطروحه وجود نداشته باشد، با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر و اصول حقوقی که مغایر با موازین شرعی نباشد، حکم قضیه را صادر نماید. بنابراین، مطابق ظهور ماده ۳ قضات نمی‌توانند برای رسیدگی به دعا و حل خصومت، تنها طبق قانون عمل کنند. مرحوم امامی با استناد به ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی سابق بیان می‌دارد:

دادرسی نمی‌تواند به صورت کدخدامنشی اختلاف بین طرفین دعوی را قطع و فصل و حکم قضیه را تعیین نماید، بلکه باید ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی را سرمشق خود قرار دهد و به دستور آن رفتار کند. نظر به تصریح ماده بالا، دادرسی باید در قضاوت خود آن‌گونه که در ماده مقرر است، رفتار کند و نمی‌تواند از مفاد قوانین موضوعه کشوری تجاوز نماید و به قوانین دیگری استناد جوید؛ اگرچه به نظر او، قانون کشوری برخلاف اصول و قواعد علمی حقوقی و یا برخلاف انصاف و عدالت قضایی باشد؛ ولی می‌تواند تا آنجایی که مواد قانونی تاب تفسیر دارند از تفسیر مواد استفاده کرده، رعایت اصول و قواعد حقوقی و همچنین انصاف و عدالت قضایی را بنماید.

دادرسان می‌توانند برای فهم قوانین موضوعه کشوری و تفسیر آن از حقوق ملل دیگر و نظریات علمی حقوقدانان و تصمیمات قضایی دادگاه‌های کشورهای بیگانه استمداد بجویند.

ماده ۳ قانون سابق نیز همچون ماده ۳ قانون آیین دادرسی، دادگاه‌های عمومی و انقلاب قضات را به اجرای قانون مکلف می‌داند. بنابراین تا حدود زیادی دست قضات برای خروج از حدود قانون بسته است، ولیکن وجود این ماده در تقابل کامل با کدخدامنشی نیست؛ چراکه همان‌گونه که گفته شد، کدخدامنشی شیوه‌ای برای حل اختلاف است که درون‌مایه آن می‌تواند قواعد حقوقی و قانونی باشد، به‌ویژه که عبارت «فصل خصومت» ظهور در پذیرش دیگر شیوه‌های حل اختلاف دارد. در این صورت، قاضی که مأموریت کدخدامنشانه دارد، موظف است به قواعد امری قانون پایبند باشد، ولیکن می‌تواند قواعد تکمیلی را اصلاح و تعدیل نماید. همچنین، ماهیت قراردادی کدخدامنشی و تراضی طرفین به معنای گذشت اصحاب دعوا برای رسیدن به راه‌حلی منصفانه است. بنابراین تا آنجا که در حیطه اختیارات طرفین است، قاضی می‌تواند تعادلی منصفانه میان حقوق طرفین دعوا ایجاد نماید؛ چنان‌که در قرارداد پیمانکاری که به دلیل مسائل اقتصادی و یا سیاسی از حالت تعادل خارج شده است قاضی به‌جای صدور حکم در ضد یا له یک طرف، به نحو کدخدامنشانه نفع هر دو طرف را ارزیابی کند تا به نقطه اعتدال برسند؛ برای مثال کارفرما را متعهد به پرداخت مبلغی مطابق وضعیت حاضر اجرای تعهد نماید و پیمانکار را موظف به اجرای قرارداد زودتر از زمان سررسید و یا انجام وظایف پیمانکاری با امکانات بهتر و شرایط مساعدتر نماید.

ماهیت قراردادی کدخدامنشی نشئت‌گرفته از تراضی طرفین سبب می‌شود: یکم اینکه، کدخدامنشی محدود به آزادی طرفین در تفویض اختیارت می‌شود. دوم اینکه، تراضی طرفین بر رسیدگی کدخدامنشانه هدف دادرسی را از احقاق حق به فیصله‌منزاعه تبدیل می‌کند. در واقع، افرادی که خواستار کدخدامنشی هستند از یک سری حقوق خود به نفع یکدیگر چشم‌پوشی می‌کنند تا منازعه میان ایشان با رسیدن به نقطه اعتدال پایان یابد. به تعبیر دیگر، کدخدامنشی در پی احقاق حق و مشخص کردن حق و باطل نیست، بلکه راهکاری را با پشتوانه رضایت طرفین برای حل منازعه ارائه و اجرا می‌کند؛ بنابراین دادرسی کدخدامنشانه در مسیر سازش حرکت می‌کند و قضاوت به معنای حقیقی نیست.

دلیل دیگر عدم پذیرش دادرسی کدخدامنشی غیرقابل‌پیش‌بینی و غیرقطعی بودن آن است. رأی کدخدامنشی بسته به دیدگاه شخصی کدخدامنش است که می‌تواند به صدور آرای متفاوت و متضاد بینجامد و در نتیجه ممکن است به امنیت حقوقی لطمه وارد شود. به نظر می‌رسد این مشکل

نیز با وضع مقررات و محدودیت قابل حل باشد، به‌ویژه که چون دادرسی کدخدامنشانه در دست طرفین دعواست، ایشان می‌توانند ریسک‌های ناشی از کدخدامنشی را کاهش دهند. همچنان که چون دادرسی کدخدامنشانه روح سازش و صلح دارد، انتظار وحدت آرای از آن انتظاری غیرواقعی و غیرضروری است. به‌هرروی، برگزیدن ماهیتی متناسب برای دادرسی کدخدامنشانه بسیاری از موانع و اشکالات این شیوه را برطرف می‌کند.

مقایسه دادرسی کدخدامنشانه با دیگر نهادهای مشابه

افزایش نگران‌کننده ورودی پرونده‌ها و فرایند طولانی رسیدگی و اطاله دادرسی، بیانگر نیاز مبرم سیستم قضایی به یافتن راهکاری جدید برای حل و فصل منازعات است. یکی از این راهکارها ایجاد فرصت کدخدامنشی در دادرسی‌های قضایی است. مهم‌ترین اثر آن نیز گسترش روحیه تعاون و مشارکت میان افراد جامعه است که به‌جای سود شخصی، مشارکت و نفع جمعی را دنبال کنند. انعطافی که در کدخدامنشی وجود دارد، به تسریع امور قضایی، خارج کردن دعوا از حالت بردوباخت و رواج فرهنگ مدارا و سازش می‌انجامد و از جهاتی گوناگون، در مقایسه با داوری کدخدامنشانه، نهاد صلح و سازش و شوراهای حل اختلاف برتری دارد.

مقایسه با داوری کدخدامنشانه

دلیل برتری دادرسی کدخدامنشانه در مقایسه با داوری کدخدامنشانه این است که کدخدامنشی که قاضی دادگستری انجام می‌دهد، قاطعیت و نفوذ بیشتری دارد، به‌ویژه در شهرهای کوچک که افراد جامعه یکدیگر را می‌شناسند. افزون بر اینکه هم‌اکنون، سیستم اصلی حل اختلافات در کشور، قضاوت و دادگستری است و هنوز نهاد داوری در ایران به مرحله‌ای نرسیده است که بتواند زمینه را برای نهادی دیگر فراهم کند. همچنین، گذر از روند خشک قضاوت به‌سوی کدخدامنشی و پرورش ذهنی خلاق برای حل منازعات در دستگاه قضا، مسیر داوری را نیز هموار می‌سازد. همچنین، اگر داوری کدخدامنشانه گسترش یابد، دلیلی ندارد که نهاد قضایی کشور از این امکان بهره نبرد؛ چنان‌که در فرانسه افزون بر اینکه انواع «داوری‌های خارج از قاعده» از جمله کدخدامنشی وجود دارد، در قانون آیین دادرسی نیز اجازه قضاوت به شکل کدخدامنشی داده شده است.

نهاد صلح و سازش

ممکن است تصور شود آنچه در قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب (در امور مدنی) درباره امکان صلح و سازش در دادگاه آمده است، می‌تواند همان خدمت دادرسی کدخدامنشانه را

انجام دهد؛ درحالی که هم قوانینی که برای سازش در نظر گرفته شده است کامل نیستند و هم ماهیت کدخدامنشی با نهاد صلح و سازش متفاوت است.

یکم اینکه، قانون فعلی در مقایسه با قانون سال ۱۳۱۸ در بحث سازش ضعیف تر ظاهر شده است. در قانون فعلی، صرفاً دعوت یک طرف از طرف دیگر در ماده ۱۸۶^۱ پیش بینی شده است که آن هم ناظر بر دادگاه نخستین است و معمولاً چنین دعوتی از سوی خوانده است که رسیدگی معمولی را به ضرر خود می بیند؛ درحالی که طرف مقابل سود خود را در رسیدگی و صدور رأی قضایی می بیند و دلیلی ندارد که از منافع خود به سمت سازش دست بکشد. بنابراین، سازش از مسیری که ماده ۱۸۶ ترسیم کرده است، کمتر واقع می شود؛^۲ درحالی که طبق قانون آیین دادرسی مدنی ۱۳۱۸، هم دادگاه موظف به ایجاد سازش بین طرفین است (مواد ۱۳۲ و ۳۴۸)^۳ و هم طبق ماده ۳۳۵، در صورت تراضی، طرفین می توانند از دادرسی دادگاه بخش درخواست کنند که بین آن ها را سازش دهد.^۴ از این جهت، تنها قابلیتی که اذ لحاظ شکلی به دادرسی کدخدامنشانه نزدیک است، منسوخ شده است.

دوم اینکه، برفرض که طرفین برای سازش در دادگاه حاضر شدند، نهایت کاری که قاضی انجام می دهد، استماع اظهارات، تکلیف به سازش و سعی در ایجاد مصالحه بین طرفین است؛ درحالی که درباره اینکه سازش چگونه انجام گیرد و از چه روشی باید استفاده شود، قانون ساکت است؛ چراکه اصطلاح سازش پیش از این بار معنایی ندارد و صرفاً از نتیجه نهایی خبر می دهد؛ درحالی که کدخدامنشی یک شیوه حل اختلاف است که ممکن است قسمتی از نتیجه نهایی آن سازش باشد. از سوی دیگر، آنچه در فصل نهم قانون آیین دادرسی دادگاه های عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۷۹ تنظیم شده بیشتر به نهاد میانجیگری نزدیک است تا کدخدامنشی. در کدخدامنشی، قاضی درباره اصل موضوع تصمیم می گیرد و رأی صادر می کند و طرفین به تصمیمی که دادگاه گرفته

۱. ماده ۱۸۶: «هرکس می تواند در مورد هر ادعایی از دادگاه نخستین به طور کتبی درخواست نماید که طرف او را برای سازش دعوت کند» (مصوب ۱۳۷۹).

۲. نک: شمس، ۱۳۸۸: ۳ / ۴۹۰.

۳. ماده ۱۳۲: «دادگاه در جلسه رسیدگی به طرفین تکلیف سازش می کند. هرگاه سازش کردند، مراتب در صورت مجلس نوشته می شود به امضای طرفین می رسد و در صورتی که حاضر به سازش نباشند، دادگاه شروع به رسیدگی می نماید» (مصوب ۱۳۱۸).
ماده ۳۴۸: «دادرس دادگاه بخش باید در اولین جلسه بدو به طرفین تکلیف و سعی نماید که دعوی را به سازش خاتمه دهد و اگر موفق به سازش نشد، داخل رسیدگی شود. در عین رسیدگی هم دادرسی دادگاه بخش باید نظر سازش را تعقیب کند و اگر سازش نشد به رسیدگی خود ادامه دهد» (مصوب ۱۳۱۸).

۴. ماده ۳۳۵: «هرکس می تواند در مورد هر ادعایی از دادگاه بخش کتبی و یا شفاهاً درخواست نماید که طرف او را برای سازش احضار کند؛ اگرچه رسیدگی به آن دعوی از صلاحیت دادگاه بخش خارج باشد. اصحاب دعوی نیز می توانند متراضیاً از دادرسی دادگاه بخش درخواست کنند که بین آن ها را سازش دهد».

است، ملزم می‌شوند؛ درحالی‌که در نهاد سازش، همچون میانجی‌گری، قاضی سعی می‌کند بین طرفین توافق ایجاد کند و پلی به سوی سازش بزند، ولی طرفین به تصمیم قاضی الزام نمی‌شوند و عاقبت خود طرفین هستند که تصمیم می‌گیرند مصالحه کنند یا خیر.

سوم اینکه، سازش و صلح، نهادی در طول کدخدامنشی و داوری و قضاوت است. کدخدامنش نیز می‌تواند طرفین را به سازش تکلیف کند؛ ولی آنچه در فرایند کدخدامنشی رخ می‌دهد، لزوماً به توافق برای سازش منجر نمی‌شود. آنچه امروزه در دادگاه‌های ما اتفاق می‌افتد، این است که نخست، طرفین برای قضاوت و حق‌خواهی آماده می‌شوند و اختلاف را به شکل دعوا در دادگاه صالح مطرح می‌کنند.^۱ سپس به سمت سازش تشویق می‌شوند؛ چراکه سازش سازوکاری در راستای قضاوت است؛ ولی در کدخدامنشی تمرکز بر اصل اختلاف است. قاضی که به رسیدگی به صورت کدخدامنشی موظف شده است، به صرف قانون یا حق قانونی مطالبه شده نگاه نمی‌کند، بلکه برای حل اختلاف به صورت ریشه‌ای تصمیم می‌گیرد. به طور طبیعی، زمانی که اختلاف به معنایی واقعی حل شود، نه آنکه تنها فیصله یابد، سازش بین طرفین ایجاد می‌شود، بی‌آنکه لازم باشد طرفین برای سازش توافق کنند.

بنابراین، صلح و سازش امری در طول شیوه‌های حل اختلاف است و نه اینکه خود یک سیستم حل اختلاف باشد. از این جهت، در مرتبه و جایگاه با کدخدامنشی قابل مقایسه نیست و آنچه از نهاد صلح و سازش در قانون ایران است، صرف توافق کتبی و شفاهی سازش است؛ ولی کدخدامنشی رسیدن به توافق نیست، بلکه تصمیمی است که ارمغان آن صلح و آشتی طرفین است.

شوراهای حل اختلاف

طبق ماده ۱۸۹ قانون برنامه سوم توسعه و به منظور کاهش مراجعات مردم به محاکم قضایی و در راستای توسعه مشارکت‌های مردمی، رفع اختلافات محلی و نیز حل و فصل اموری که ماهیت قضایی ندارد یا ماهیت قضایی آن از پیچیدگی کمتری برخوردار است، از اواسط دهه هشتاد، شوراهای حل اختلاف فعالیت خود را آغاز کرده است. ایده‌ای که سبب تشکیل شوراهای حل اختلاف شد، این بود که با نظم بخشیدن و قانون‌مند کردن شیوه‌های حل و فصل سنتی که در میان طوایف و ایلات و عشایر رواج داشت، از ظرفیت روش‌هایی مثل ریش سفیدی و کدخدامنشی برای حل و فصل سریع، ارزان و بدون تشریفات اختلافات قضایی استفاده شود.^۲ از این رو، این

۱. نک: عالی‌پناه و زیار، ۱۳۹۶: ۷۳.

۲. نک: نصرتی، ۱۳۹۹: ۳۳۵.

پرسش مطرح است که ساختاری مثل دادرسی کدخدامنشانه چه تفاوتی با شوراهای حل اختلاف دارد؟ در پاسخ باید گفت که از چند جهت بین این دو تفاوت وجود دارد:

۱. طبق قانون شوراهای حل اختلاف ۱۳۹۴، تصمیمات شورای حل اختلاف به صورت گزارش اصلاحی است و این شورا نمی‌تواند مستقلاً رأی صادر کند. چنانچه گزارش اصلاحی سازش طرفین را در پی داشته باشد، با تأیید قاضی شورا به طرفین ابلاغ می‌شود.^۱ بنابراین، شیوه شوراهای همان رویکرد نهاد سازش در قانون آیین دادرسی ۱۳۷۹ است؛ درحالی‌که تصمیم دادرسی کدخدامنشانه لازم‌الاجراست و به توافق طرفین نیازی نیست. البته در مواردی، قاضی شورا با مشورت شورا به صدور رأی مبادرت می‌کند. با وجود این، دادرسی کدخدامنشانه تماماً در اختیار قاضی است و لزوماً به مشورت نیازی ندارد که همین امر باعث استحکام تصمیم قاضی و کاهش اطاله دادرسی می‌شود.

۲. مأموریت سازش در شوراهای حل اختلاف به اعضای شورا داده شده است و این اعضا اشخاص غیر قضایی هستند؛ درحالی‌که کدخدامنشی را قاضی پرونده انجام می‌دهد. از این رو، تصمیم دادرسی کدخدامنشانه علمی و دقیق است. در قانون شوراهای پیش‌بینی شده است که «برای عضویت در شورا، دارندگان مدرک حوزوی و یا دارندگان مدرک دانشگاهی در رشته‌های حقوق یا الهیات با گرایش فقه و مبانی حقوق اسلامی در اولویت هستند و حداقل یک نفر از اعضای شعب شهری شورا باید از میان دارندگان مدارک تحصیلی یادشده باشد» (تبصره ۳ ماده ۶). این تبصره نشان از تجربه‌ای می‌دهد که اعطای تصدی موقعیت مصالحه‌گر به افراد دارای سواد حقوقی ضروری است.

۳. شوراهای حل اختلاف بر پایه ایده صلح و سازش است و اگر از امکان کدخدامنشی و ریش‌سفیدی در شورا سخن گفته می‌شود با حقیقت کدخدامنشی تطابق ندارد و بیشتر نوعی میانجی‌گری است که به دنبال ایجاد سازش است؛ درحالی‌که همان‌گونه که در بخش مقایسه با نهاد سازش گفته شد، کدخدامنشی نهاد سازش نیست و در ماهیت و شیوه متفاوت است.

۴. طبق ماده ۸ و ۹ قانون شورا و ماده ۱۴ آیین‌نامه اجرایی شورا،^۲ در مواردی که داور در صلاحیت شورا است، طرفین به اجبار برای رسیدگی به اختلاف، باید به شورا مراجعه کنند؛ درحالی‌که از نظر منطقی، این مراجعه باید در اختیار طرفین باشد.^۳ در دادرسی کدخدامنشانه، این

۱. نک: محسنی، ۱۳۹۴: ۱۵۵.

۲. ماده ۱۴. مراجع قضایی وظیفه‌ای در پذیرش دعاوی و درخواست‌ها و شکایاتی را که در صلاحیت شورا است، ندارند و در صورت مراجعه اشخاص آنان را به شورا هدایت می‌کنند.

۳. نک: ایزدی‌فرد و یوسفی، ۱۳۸۳: ۲۳.

بررسی دادرسی کدخدامنشانه با توجه به ماهیت کدخدامنشی... / طلابکی طرقي ۲۷۷

آزادی انتخاب برای طرفین وجود دارد. بدین ترتیب، در صورتی که نظر هر دو بر کدخدامنشی است، قاضی پرونده بدان مبادرت می‌کند.

۵. طبق ماده ۱۸۹ قانون برنامه سوم توسعه، صلاحیت شورا به اموری مربوط است که ماهیت قضایی ندارند یا ماهیت قضایی آنان از پیچیدگی کمتری برخوردار است. از این رو، صلاحیت شوراهای حل اختلاف، وفق ماده ۸ و ۹ قانون شورا، به مواردی جزئی محدود است؛ در حالی که دادرسی کدخدامنشی برای همه اختلافات امکان‌پذیر است و چه بسا در پرونده‌هایی که ارتباط قوی بین طرفین وجود دارد، شیوه کدخدامنشانه مناسب‌تر است.

بنابراین، کدخدامنشی که قاضی دادگستری انجام می‌دهد، از جهت ساختار و حتی ماهیت بسیار متفاوت‌تر از شوراهای حل اختلاف است، به‌ویژه که با گذر زمان، مشخص شده است که شورای حل اختلاف نمی‌تواند به آرمان‌های خود جامعه عمل پیوشاند؛ چنان‌که به اذعان مسئولین قوه قضائیه، شورای حل اختلاف در مسیری خلاف فلسفه اولیه تأسیس خود، یعنی صلح و سازش در حال حرکت است^۱ و گاه عملکرد یک پهلوان محلی از شورای حل اختلاف بهتر است.^۲

واقعیت آن است که تلاش برای احیای سنت‌های قدیمی حل اختلاف، تاکنون بی‌نتیجه مانده است؛ زیرا آنچه در این نوع ساختارها مدنظر است، فیصله اختلاف است نه حل آن. سیطره دنیای حقوق بر شیوه‌های حل اختلاف سبب شده نهادی مثل شوراهای حل اختلاف که با هدف ایجاد صلح و سازش تأسیس شده است، به نهادی در عرض دادگاه‌های قضایی تبدیل شود. در آغاز تأسیس شوراهای حل اختلاف، تصور این بود که وظیفه اعضای شورا ایجاد صلح و سازش است نه فعالیتی حقوقی. از این رو، بیش از آنکه به افرادی با سواد حقوقی نیاز باشد، به افرادی با جاهت اجتماعی نیاز است؛ اگرچه این تصور تا حدودی صحیح است؛ اما پیش از تأسیس سازمانی عریض و طویل لازم بود که مشخص شود اعضای شورا دقیقاً قرار است چه کاری انجام دهند؟ اینکه گفته شود کدخدامنشی وریش سفیدی به چه معناست؟ چه تفاوت روشی بین عملکرد قاضی و عضو شورا است؟ ما، تنها شیوه حل اختلافی که یاد گرفته و یاد داده‌ایم، قضاوت است و اینکه چگونه حقی که قانون آن را تضمین کرده است، به مستحقش برسانیم. فارغ از اینکه آیا این حق خواهی به نفع روابط افراد هست یا خیر؟ پس طبیعی است که ارجاع پرونده‌های حقوقی به سازمانی دیگر با هر نوع شعار و آرمانی دادگستری دیگر را متولد کند. با این تفاوت که آنچه بر عهده قاضی بوده است، اشخاص عادی بر عهده گرفته‌اند.

۱. نک: خبرگزاری تسنیم، ۱۳۹۸.

۲. نک: خبرگزاری فارس، ۱۴۰۰.

سخن آخر اینکه، دادرسی کدخدامنشانه لازم و ضروری است تا ذهن قضایی از بن‌بست تضمین حق صرف خارج شود و به فکر چاره‌ای، بیش از آنچه در قانون آمده است، برای باز کردن گره افتاده بر روابط افراد باشد. در یک کلام، تفاوت این دو نهاد در این است که دادرسی کدخدامنشانه شیوه حل اختلاف است و شوراهای حل اختلاف، شیوه فیصله اختلافات است.

نتیجه‌گیری

دادرسی کدخدامنشانه، شیوه‌ای است که در فرانسه تأسیس و تجربه شده است. تجربه‌ای که اگرچه به نتایج درخشانی نرسید، اما راه را برای تحول در سیستم بسته قضاوت و داوری باز کرد. دادرسی کدخدامنشانه در سیستم ایران فرصتی برای خروج از بن‌بست شیوه‌های قضاوت و داوری است که صرفاً به درخواست مطالبه‌شده توجه دارد. از این رو، پیشنهاد می‌شود که در آیین دادرسی مدنی ماده‌ای پیش‌بینی شود که در صورت تقاضای طرفین، دعوا به صورت کدخدامنشانه رسیدگی شود. تغییر شیوه دادرسی از قضاوت به سمت کدخدامنشی، زمینه تحول در نگرش قضایی را فراهم می‌کند. به‌مرور، ذهن قضایی درمی‌یابد که مسائل را صرفاً از جنبه قانونی آن ننگرد؛ بلکه به جای توجه صرف به مدارک اثبات حق، به ریشه اختلاف بپردازد و به جای تعیین محق و محکوم، راهکاری برای فصل خصومت و بند زدن روابط شکسته افراد پیدا کند.

کتابنامه

الف. کتب و مقالات

الف-۱. فارسی

- ایزدی فرد، علی اکبر و علی یوسفی (۱۳۸۳)، «ملاحظاتی پیرامون "شورای حل اختلاف"»، مقالات و بررسی‌ها، دفتر ۷۶ (۳) فقه، صص ۱۱-۳۱.
- حمیدیان، فاطمه، مرتضی شهبازی‌نیا و فیض‌الله جعفری (۱۳۹۶)، «مطالعه تطبیقی ارتباط مفهومی و کاربردی الفاظ متعدد در داوری‌های دوستانه و کدخدامنشانه»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره ۲۱، شماره ۱، صص ۱-۲۶.
- خدابخشی، عبدالله (۱۳۹۷)، «گذری بر داوری مبتنی بر انصاف و کدخدامنشانی در حقوق تطبیقی»، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، دوره ۴۸، شماره ۴، صص ۶۴۵-۶۶۱.
- دانش‌پژوه، مصطفی و جواد عابدینی (۱۳۹۹)، فلسفه حق، قم: مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی (ره).
- شمس، عبدالله (۱۳۸۸)، آیین دادرسی مدنی (دوره پیشرفته)، جلد ۳، تهران: دراک.
- شهبازی‌نیا، مرتضی، فیض‌الله جعفری و فاطمه حمیدیان (۱۳۹۶)، «تحلیل مفهومی داوری بر مبنای انصاف و نهادهای مرتبط»، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، دوره ۲۷، شماره ۲، صص ۲۶۹-۲۸۷.
- عالی‌پناه، علیرضا و محسن زیار (۱۳۹۶)، «بررسی تطبیقی نهاد سازش در حقوق ایران و حقوق تجارت بین‌الملل»، دو فصلنامه آموزه‌های حقوقی گواه، سال سوم شماره ۲، صص ۶۳-۹۶.
- محسنی، حسن (۱۳۹۴)، «جایگاه شورای حل اختلاف و طرق فوق‌العاده شکایت از آرای آن»، مجله حقوقی دادگستری، سال ۷۹، شماره ۹۲، صص ۱۵۱-۱۷۴.
- محسنی، حسن (۱۳۹۵)، آیین دادرسی مدنی فرانسه، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- مطیعی، انسیه و مسعود البرزی ورکی، (۱۳۹۷)، «بررسی تطبیقی اصل انصاف و اصول عدل و انصاف»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره ۲۲، شماره ۳، صص ۱۳۷-۱۶۲.
- نصرتی، کیانوش (۱۳۹۹)، «مقایسه شورای حل اختلاف و نهاد میانجی‌گری در حقوق کیفری ایران»، فصلنامه الکترونیکی پژوهش‌های حقوقی قانون یار، دوره یکم، شماره ۲، صص ۳۲۳-۳۴۶.

الف-۲. لاتین

- Ahmet Cemil Yildirim (2014). "Amiable Composition in International Arbitration." *Journal of Arbitration Studies*, Vol. 24, No. 3 (September).
- Belohlavek, Alexander 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)*, No. 3 (March).

- David, Rene (1985). *Arbitration in International Trade*; 1st edition Berlin: Springer.
- Dumisc, Amir (2009). "Advantages of amicable international arbitration: characteristics and scope of arbitrator powers," April.
- Hilgard, Mark, and Elisa Brude (2014). "Unauthorized Amiable Compositeur?" *Dispute Resolution International* 8 (1).
- Home and Overseas Ins Co v Mentor Ins Co. (1989). *Home and Overseas Ins Co v Mentor Ins Co (UK)*, [1989] 1 Lloyd's Rep 473.
- Jana Herbozkova. n.d. "Amiable Composition in International Commercial Arbitration."
- Landrove, Juan Carlos (2009). "EQUITÉ JUDICIAIRE ET ÉQUITÉ Arbitrale: Synonymes?" *Etudes autour du droit des affaires en l'honneur du professeur François Chaudet, Genève, Slatkine*.
- Maniruzzaman, A.F. (2013). "The Arbitrator's Prudence in Lex Mercatoria: Amiable Composition and ExAequo Et Bono in Decision Making." *Mealey's International Arbitration Report*, No. 18(12).
- "Mesures alternatives au procès: Amiable compositeur" (2021). *Ooreka*. Accessed October 2. <https://justice.ooreka.fr/astuce/voir/655107/amiable-compositeur>.
- Park, William W. (2014). "The Predictability Paradox: Arbitrators and Applicable Law." *Forthcoming in 11 ICC Dossiers (ICC Institute of World Business Law 2014), Proceedings of Annual Meeting on International Arbitration and Substantive Applicable Law Boston Univ. School of Law, Public Law Research Paper*, No. 14-55 (October).
- Rubino-Sammartano, Mauro. (1992). "Amiable Compositeur (Joint Mandate to Settle) and Ex Bono et Aequo (Discretionary Authority to Mitigate Strict Law) Apparent Synonyms Revisited."
- . (2001). *International Arbitration: Law and Practice*. 2nd ed. Kluwer Law International.
- 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*, No. 12:227.

ب. سایت های اینترنتی

- خبرگزاری تسنیم (۱۳۹۸)، «مراسم تودیع و معارفه رؤسای قدیم و جدید مرکز امور حل اختلاف کشور»، دسترسی در ۸ دی ۲۰۲۱. <https://www.tasnimnews.com/fa/news/1398/04/23/2054086/>.
- محسنی - اژه - ای - شوراها - حل - اختلاف - از - فلسفه - وجودی - خود - فاصله - گرفتند.
- خبرگزاری فارس (۱۴۰۰)، «هم‌اندیشی رئیس قوه قضائیه با هیئت رئیسه کمیسیون قضایی و حقوقی مجلس شورای اسلامی»، دسترسی در ۸ دی ۲۰۲۱. <https://www.farsnews.ir/news/14000614000159/>.
- اژه - ای - گاهی - یک - لوتی - بهتر - از - شورای - حل - اختلاف - است - برای - مبارزه - با - فساد.