

# مطالعه تطبیقی ارتباط مفهومی و کاربردی الفاظ

## متعدد

### در داوری‌های دوستانه و کدخدامنشانه

فاطمه حمیدیان<sup>۱</sup>، مرتضی شهبازی‌نیا<sup>۲\*</sup>، فیض‌الله جعفری<sup>۳</sup>

۱. دانش‌آموخته کارشناسی‌ارشد حقوق خصوصی دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ایران

۲. دانشیار دانشکده حقوق دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ایران

۳. استادیار گروه حقوق دانشگاه بوعلی سینا، همدان، ایران

پذیرش: ۱۳۹۶/۰۱/۲۶

دریافت: ۱۳۹۵/۰۳/۲۳

## چکیده

در داوری مطابق با انصاف، داور درصدد است تا اختلافات مطروحه را به شیوه‌ای منصفانه حل و فصل کند و راه‌حلی را ارائه دهد که از طریق اعمال قواعد سخت و دقیق قانونی دست‌یافتنی نیست. «کدخدامنشی»، «اصول عدل و انصاف» و «انصاف»، اصطلاحات رایجی هستند که در حوزه داوری‌های دوستانه مورد استفاده قرار می‌گیرند؛ لکن در این‌که آیا هر یک از این اصطلاحات و مفاهیم بر شیوه و سازوکار متفاوتی در تصمیم‌گیری منصفانه دلالت می‌کنند یا خیر، بین صاحب‌نظران اتفاق‌نظر وجود ندارد و به طور دقیق مشخص نیست که تمایز بین احکام مبتنی بر «انصاف» و احکام مبتنی بر «اصول عدل و انصاف» چیست و داوری بر مبنای «انصاف» از حیث مفهومی و کاربردی چه تفاوتی با «کدخدامنشی» دارد؟ لکن بررسی و تحلیل دقیق و جزئی عقاید نویسندگان، قوانین و نیز آرای داوری‌های دوستانه، بیانگر این واقعیت است که این مفاهیم تنها سه اصطلاح متفاوت برای یک معنا و کاربرد در

داوری منصفانه هستند و تجار در هنگام انعقاد قراردادهای تجاری و ارجاع اختلافات خود به این شیوه از داوری، تنها براساس ترجیح زبانی به یکی از این اصطلاحات متوسل می‌شوند؛ بدون این‌که در عمل برای آن‌ها تفاوت قابل اعتنایی در نظر بگیرند. لذا تأکید بر تمایز و تفکیک دقیق و رسمی این مفاهیم در عمل و رویه صحیح نیست.

واژگان کلیدی: اصول عدل و انصاف، انصاف، داوری، کدخدامنشی، ملاحظات منصفانه

## ۱. مقدمه

داوری بر مبنای انصاف طریقی از حل و فصل اختلاف است که امروزه در اکثر قوانین و اسناد مربوط به داوری مورد تصدیق قرار گرفته است. داوران مجاز به اعمال انصاف، حسب مورد مختار یا ملزمند که معیارها و مقررات دقیق و سخت قانونی را نادیده گرفته، صرفاً براساس انصاف اقدام به رسیدگی کنند تا بتوانند راهحل منصفانه‌ای را اتخاذ کنند که نزدیک‌ترین و ملموس‌ترین ارتباط عینی را با موضوع اختلاف داشته باشد. در قوانین و اسناد بین‌المللی، برای ارجاع به داوری بر مبنای انصاف معمولاً از این اصطلاحات استفاده شده است:

۱- "Amiable Compositeur"؛

۲- "Ex Aequo et Bono"؛ و

۳- "Equity".

همان‌طور که مشهود است این واژه‌ها و اصطلاحات، ریشه لغوی یکسانی ندارند. "ex aequo et bono" یک اصطلاح لاتین، "amiable compositeur" دارای ریشه فرانسوی و "equity" یک واژه انگلیسی است. یکی از دلایلی هم که باعث ابهام و در نتیجه بیان دیدگاه‌های متفاوت در مورد داوری بر مبنای انصاف شده است، فقدان تعریف روشن

۱. برخی از نویسندگان در نوشته‌های خود اصطلاح "ex aequo et bono" را به شکل "ex bono et aequo" به کار برده‌اند.

و دقیق از این مفاهیم و اصطلاحات (با ریشه لغوی متفاوت) در متن قوانین و نوشته‌های حقوقی است. با وجود این، براساس مفاد و فحوای منابع موجود، برای این اصطلاحات معادل‌های فارسی زیر را برگزیده‌ایم که در این نوشتار در برابر این واژه‌ها از این الفاظ استفاده خواهد شد:

۱- اصطلاح لاتین "ex aequo et bono" برابر با اصول عدل و انصاف،

۲- اصطلاح "equity" برابر با انصاف، و

۳- اصطلاح "amiable compositeur" معادل کدخدامنشی.<sup>۱</sup>

باید اذعان کرد که یکی از مبهم‌ترین و در عین حال بحث برانگیزترین مباحث در حوزه داوری بر مبنای انصاف تمایز بین شیوه رسیدگی و احکام صادر مبتنی بر هریک از اصطلاحات مذکور است. به عبارتی واضح‌تر، مسأله این است که اولاً هر کدام از اصطلاحات مذکور چه معنایی دارد؟ ثانیاً آیا هریک از این اصطلاحات بر شیوه متفاوتی از داوری بر مبنای انصاف دلالت می‌کند یا خیر؟

در پاسخ به سؤالات فوق، آنچه ابهام و اختلاف‌نظر بین حقوقدانان را پررنگ‌تر می‌کند، این است که برخی از قوانین مانند ماده ۱۵۱۲ قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه مصوب ۲۰۱۱ صرفاً روش داوری به طور کدخدامنشی را ذکر کرده‌اند. بعضی دیگر مانند بند ۳ ماده ۴۲ کنوانسیون واشنگتن در مورد حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری بین دولت‌ها و اتباع دول دیگر، قوانین چک و ایتالیا منحصرأ تصمیم‌گیری براساس اصول عدل و انصاف را به داوران اجازه داده‌اند و این در حالی است که تعدادی از قوانین ملی و بین‌المللی هر دو مفهوم فوق را پذیرفته‌اند. مثل قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران (بند ۳ ماده ۲۷)، قواعد داوری آنسیترال (بند ۲

۱. در نوشته‌ها و ادبیات حقوقی حوزه حقوق بین‌الملل واژه "ex aequo et bono" را که در بند ۲ ماده ۲۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری (ICJ) درج شده است، معادل با اصطلاح فارسی کدخدامنشی در نظر گرفته‌اند؛ اما در همین نوشته‌ها، ویژگی‌هایی که برای اصطلاح "ex aequo et bono" بیان می‌دارند با واژه کدخدامنشی (که در بحث‌های آتی در مورد آن توضیح خواهیم داد) همخوانی ندارد. به‌علاوه، به دلایلی که خواهد آمد، بهترین معادل برای اصطلاح "ex aequo et bono"، «اصول عدل و انصاف» است.

ماده ۳۵)، قواعد داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی (بند ۲ ماده ۲۱)، قانون نمونه آنسیترال (بند ۳ ماده ۲۸) و قانون داوری سوئیس (بند ۲ ماده ۳۳). آنچه ذهن را آماده پذیرش تفاوت بین این اصطلاحات می‌کند، این است که در قوانین اخیر از حرف «یا» بین واژه‌های اصول عدل و انصاف و کدخدانمنشی استفاده شده است. ابهام و تردید درخصوص تمایز و یا عدم تمایز این اصطلاحات در بین حقوقدانان با این نکته افزوده می‌شود که برخی نظام‌های حقوقی مانند انگلستان به هیچ‌یک از این اصطلاحات ارجاع نداده و به جای آن عبارت «ملاحظات دیگر»<sup>۱</sup> را به کار برده‌اند که صاحب‌نظران همگی موافق هستند که این عبارت بر داوری دوستانه و رسیدگی براساس انصاف در نظام داوری انگلستان دلالت می‌کند. نهایتاً بند ۳ ماده ۳۱ قانون داوری نروژ واژه عدالت و بی‌طرفی<sup>۲</sup> را برای ارجاع به داوری بر مبنای انصاف برگزیده است.

در مقاله حاضر، با دستمایه قرار دادن این فرضیه که «اصطلاحات مزبور همگی از معنا و شیوه واحدی در رسیدگی‌های داوری حکایت دارند»، سعی شده است دیدگاه‌ها و عقاید مختلف مطرح شده در این خصوص دسته‌بندی شود و پس از بررسی دقیق قوانین ملی و اسناد بین‌المللی و همچنین تحلیل و ارزیابی اندیشه‌های حقوقی و آرای داوری، به مسأله مذکور پاسخ داده، در راستای اثبات فرضیه مطرح شده حرکت کنیم. در انجام این امر، مفاهیم مزبور را با هم مقایسه و نتیجه مباحث را بیان خواهیم کرد.

## ۲. داوری بر مبنای انصاف و اصول عدل و انصاف

همان طور که ذکر شد "ex aequo et bono" یک اصطلاح با ریشه لاتین است. مفهوم این اصطلاح به شکل‌های دیگری در نوشته‌های حقوقی ظاهر شده است؛ از جمله: "ex aequo et bono" (Rubino-Sammartano, 1992, p.1) و "aequum of bono"

1. other considerations  
2. fairness

(McInnis, 1991, p. 346). اصطلاح لاتین مزبور معمولاً در انگلیسی «مطابق با عدالت و انصاف»<sup>۱</sup> یا «مطابق با انصاف و وجدان سلیم»<sup>۲</sup> ترجمه شده است و معادل آن در حقوق رم برابر است با "aequitas" یعنی «عدالت و انصاف». در دایره‌المعارف‌ها تعاریفی مشابه از آن ارائه شده است؛ از جمله «مطابق با آنچه عادلانه و پسندیده است»<sup>۳</sup> و با همین معنا به‌عنوان «عدالت و بی‌طرفی»<sup>۴</sup> نیز آمده است (CampbellBlack, 1990, p. 557). همچنین تعدادی از نویسندگان این اصطلاح را به دو قسمت «ex aequo» و «bono» تجزیه کرده‌اند: قسمت اول را منصفانه یا بنا بر انصاف و مطابق با عدالت طبیعی می‌دانند و قسمت دوم را نوعی مصلحت همراه با ارزیابی صحیح اوضاع و احوال معنا کرده‌اند (پاکدل و رضایی، ۱۳۹۰، ص ۱۷). بنا بر مراتب فوق به نظر می‌رسد «اصول عدل و انصاف» معادل مناسبی برای این اصطلاح در فارسی باشد. چنان‌که این عبارت در بند ۳ ماده ۲۷ قانون داورى تجارى بین‌المللى ایران هم به «عدل و انصاف» ترجمه شده است. مفهوم ex aequo et bono اولین بار در حل و فصل اختلافات بین دولت‌ها ظاهر شد. برجسته‌ترین نمونه شناخته شده در این مورد بند ۲ ماده ۲۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری (ICJ) است. بعدها این مفهوم در قوانین مربوط به داورى‌هاى تجارى و خصوصى راه یافت. بارزترین سندی که برای نخستین بار این اصطلاح را مقرر داشت، بند ۲ ماده ۳۳ قواعد داورى آنسیترال نسخه ۱۹۷۶ است (Trakman, 2008, p. 631) و کماکان این عبارت برای تجویز داورى براساس انصاف در قوانین و اسناد به کار گرفته می‌شود. دیدگاه غالب در مورد تصمیم‌گیری بر مبنای «اصول عدل و انصاف» در بین نویسندگان این است که داور به موجب آن مجاز می‌شود تا اختلاف را در قضیه خاص و با رعایت شرایط مربوط بدون در نظر گرفتن مقررات موضوعه و یا حتی مغایر با آنها و صرفاً

3. according to the just and fair

3 . according to equity and good conscience

4 . in justice and fairness

براساس اصول منصفانه حل و فصل کند. با وجود این درخصوص رابطه بین مفهوم انصاف و اصول عدل و انصاف دو نظر مغایر از سوی حقوقدانان مطرح شده است: برخی برآنند که «تصمیم‌گیری بر مبنای انصاف» و «تصمیم‌گیری بر مبنای اصول عدل و انصاف» دو شیوه متفاوت در حل و فصل اختلافات تجاری هستند و نباید این دو با یکدیگر اشتباه شوند. آنان معتقدند تصمیمات مبتنی بر انصاف در چارچوب نظام قانونی<sup>۱</sup> یعنی مطابق با قانون و درون محدودیت‌های قانونی اتخاذ می‌شود، در حالی که صدور حکم براساس اصول عدل و انصاف خارج از چارچوب حقوق<sup>۲</sup> و فراتر از حوزه قانون قابل اعمال انجام می‌شود. طرفداران چنین تمایزی توضیح می‌دهند که انصاف بخشی از حقوق داخلی و بین‌المللی و در واقع جزئی از قانون قابل اعمال است. بدین سبب در رسیدگی بر مبنای انصاف، داور صرفاً به دنبال راه حل منصفانه نیست، بلکه چنین راه‌حلی را باید بر مبنای قانون قابل اعمال (نه مغایر با آن) اتخاذ و اجرا کند (Belohlavek, 2013, p.41). از طرف دیگر داور با به‌کارگیری انصاف در چارچوب حقوق می‌تواند نتایج غیرعادلانه ناشی از اجرای مقررات موضوعه را تعدیل کند و در صورت وجود ابهام و یا خلأ در این قواعد از انصاف جهت تفسیر و تکمیل قواعد قانونی<sup>۳</sup> استفاده کند. چنان‌که Rosenn می‌گوید: «چنین انصافی با حقوق و قانون مخالفت نمی‌کند، بلکه در راستای تکمیل قواعد قانونی به کار گرفته می‌شود» (Maniruzzaman, 2003, p.2). حامیان چنین دیدگاهی، رضایت طرف‌های دعوا را برای چنین اقدامی شرط ندانسته، اختیار اعمال انصاف را ناشی از خود قانون دانسته‌اند (میرعباسی؛ باقرزاده، ۱۳۸۹، ص ۳۴۸؛ Schreuer, 1996, p.3). به همین دلیل از انصاف در این نقش به‌عنوان روح قانون در برابر نص قانون تعبیر می‌کنند. آن‌ها بر این باورند که مفهوم اصول عدل و انصاف به حوزه‌هایی خارج از چارچوب قانون، یعنی حوزه‌های اخلاقی، سیاسی و اجتماعی مربوط می‌شود

1. Infra legam, praeter legam

2. extra legam

3. gap filling

(Trakman, 2008, p.627; Belohlavek, 2013, p.41) و دیوان هنگام تصمیم‌گیری بر مبنای اصول عدل و انصاف از اجرای دقیق قواعد و معیارهای قانونی فارغ است و حتی گاه ممکن است نه تنها خارج از قانون، بلکه برخلاف قانون<sup>۱</sup> عمل کند (Duhaime's Law Dictionary, online). به عبارتی دیگر در اتخاذ تصمیم براساس اصول عدل و انصاف، اجرای عادی مقررات موضوعه کنار گذاشته می‌شود و فقط براساس انصاف مستقل اقدام می‌گردد و چنین انحرافی، نشانه برجسته تفاوت تصمیمات مبتنی بر انصاف با تصمیمات مبتنی بر اصول عدل و انصاف است. به همین دلیل داور مجاز به اعمال اصول عدل و انصاف، از آزادی و اختیارات بیشتری برای تصمیم‌گیری و صدور حکم بهره‌مند است. شیوه اخیر روابط جدیدی را ایجاد می‌کند که به قانون محدود نیست (Belohlavek, 2013, p.41). قاضی لاتریاخذ در تأیید این عقیده می‌نویسد: «حل اختلاف بر مبنای اصول عدل و انصاف منجر به خلق آشکار روابط جدیدی بین طرفین می‌شود» (Trakman, 2008, p.627; Frank; Sughrue, 1992, p.570). به نظر او «تصمیم‌گیری بر مبنای اصول عدل و انصاف به وضوح متفاوت از اعمال قواعد انصافی است که بخشی از حقوق بین‌الملل و هر نظام حقوقی دیگر را تشکیل می‌دهند» (Trakman, 2008, p.627). بر همین اساس اختیار داوران در تصمیم‌گیری بر مبنای اصول عدل و انصاف موکول به توافق صریح طرفین شده است. آن‌ها چنین تمایزی را منطقی می‌دانند و در توجیه آن می‌گویند: داوران باید خلأهای قانونی را بر مبنای اصول انصاف که جزئی از قانون است، مرتفع سازند، نه براساس مفاهیم مساوات و برابری که هنوز تبدیل به اصول و قواعد قانونی نشده‌اند (Trakman, 2008, p.627).

محاکم داوری ایکسید<sup>۲</sup> نیز تمایز بین تصمیمات منصفانه در چارچوب قانون و تصمیمات منصفانه خارج از چارچوب قانون را پذیرفته‌اند (Schreuer, 1996, p.53). علاوه بر حوزه داوری تجاری، دیدگاه یاد شده از سوی صاحب‌نظران در حوزه حقوق

1. contra legam

2. ICSID

بین‌الملل نیز مورد حمایت قرار گرفته است. امروزه در رویه قضایی بین‌المللی، انصاف بخشی از حقوق بین‌الملل دانسته شده و بارها در قضایای مختلفی توسط دیوان بین‌المللی دادگستری مورد استناد واقع شده و انصاف را ذیل بند سوم پاراگراف نخست ماده ۳۸ اساسنامه دیوان، یکی از اصول کلی حقوقی مقبول ملل متمدن و جزئی از حقوق بین‌الملل در نظر گرفته‌اند. در رابطه انصاف و اصول کلی نیز نخست انصاف الهام‌بخش اصول کلی است و جوهره اصلی این اصول را تشکیل می‌دهد و دوم این‌که انصاف خود یکی از اصول کلی است که مستقیماً قابلیت استناد دارد (رضوی‌زادگان، ۱۳۷۴، ص ۵۲) (حالت دوم مدنظر است).

در قضیه بسیار مشهور میوز<sup>۱</sup> بین هلند و بلژیک، قاضی هادسن<sup>۲</sup> در تأیید این امر ضمن نظر جداگانه‌ای اظهار داشت: «ماده ۳۸ اساسنامه به طور صریح اعمال اصول کلی حقوقی مقبول ملل متمدن را مقرر می‌دارد و اصول انصاف در بیش از یک کشور جایگاه استواری دارند... بنابراین باید نتیجه گرفت که به موجب آن ماده، دیوان مجاز است تا اصول انصاف را به‌عنوان بخشی از حقوق بین‌الملل به حساب آورد (Francioni, 2010, p.3). صاحب‌نظران در این حوزه معتقدند اصل انصاف را -به معنایی که بیان گردید (بخشی از اصول کلی حقوقی)- نباید با مفهوم *ex aequo et bono* مندرج در بند ۲ ماده ۳۸ اشتباه کرد و یکی دانست. به اعتقاد آن‌ها زمانی که مرجع رسیدگی‌کننده از سوی طرفین مجاز می‌شود تا براساس بند ۲ ماده ۳۸ بر مبنای مفهوم "*ex aequo et bono*" عمل کند، مرجع مزبور می‌تواند از اجرای مقررات موضوعه موجود صرف‌نظر کرده، فقط براساس انصاف و برداشت خود از عدالت اقدام کند و این متفاوت از تصمیم منصفانه‌ای است که در چارچوب قانون و براساس قسمت سوم بند ۱ ماده ۳۸ اتخاذ می‌شود. این تمایز توسط دیوان در قضیه فلات قاره دریای شمال با این عبارات مورد تأیید قرار گرفت:

1. diversion of water from the meuse case(1937)  
2. Hudson



«صرفنظر از شیوه استدلال قانونی دیوان، حکم صادر شده باید عادلانه و [به معنای دقیق] منصفانه باشد. اما وقتی هدف این باشد که مرجع حل اختلاف قانون را اعلام [و اجرا] کند به این معنا است که توجیهات عینی حکم، نه خارج از چارچوب حقوق، بلکه بر مبنای قانون استوار است. در موضوع حاضر نیز چون دقیقاً قاعده قانونی است که برای اعمال اصول منصفانه به کار می‌رود... هیچ موردی برای اعمال اصول عدل و انصاف وجود ندارد» (Maniruzzaman, 2003, p.2; Maniruzzaman, 1999, p.688-689). تاکنون دیوان بین‌المللی دادگستری در هیچ دعوی از سوی طرفین دعوا مجاز نشده است تا براساس مفهوم "ex aequo et bono" و مصلحت‌اندیشی مطلق در اختلافات مطروح اقدام به رسیدگی کند (رضوی‌زادگان، ۱۳۷۴، ص ۹۴).

اما به نظر می‌رسد تمایز ساختاری بین دو مفهوم فوق تا حد بسیار زیادی اغراق‌آمیز است. تعدادی از نویسندگان با تمایز بین تصمیم‌گیری منصفانه در چارچوب قانون و تصمیم‌گیری براساس عدل و انصاف موافق نیستند و این دو مفهوم را مشابه و حتی مترادف با یکدیگر می‌دانند (Trakman, 2008, p.628 & 636; Błaszczak & Kolber, 2013; Hilgard & Bruder, 2014; Herbočková, 2008; SampaioCarmelo, 2008; Vuillard & Vagenheim, 2008, p.646; Belohlavek, 2013) به چند دلیل می‌توان از عدم وجود تمایز بین مفهوم انصاف و اصول عدل و انصاف در حوزه داوری تجاری بین‌المللی حمایت کرد:

اولاً در عمل این دو شیوه تصمیم‌گیری چنان با یکدیگر برخورد می‌کنند و نزدیک می‌شوند که ترسیم خط تمایز بین آن دو بسیار مشکل و حتی غیرممکن می‌شود. توضیح آن‌که هنگام اعمال انصاف بسیار دشوار است تا بتوانیم به طور دقیق زمان و مرزی را که داور از حوزه و قلمرو قانون قابل اعمال حرکت کرده و خارج از حوزه و چارچوب آن عمل می‌کند، تعیین کنیم. به عبارتی دیگر زمانی که به طور شفاف گفته می‌شود این موضوع و حکم مربوط به آن داخل یا خارج از چارچوب نظام قانونی قرارداد، آن‌ها دقیقاً و منحصرأ در رأس این خط خیالی و فرضی بین انصاف و

اصول عدل و انصاف قرار گرفته‌اند. به طور مثال تفسیر منصفانه مرجع رسیدگی درباره مرتفع ساختن ابهام و خلأ در مقررات موضوعه، مشخصاً درون نظام قانونی تلقی می‌شود. در مقابل اگر در رأی از منفعت و حقی حمایت شود که هیچ مبنای قانونی ندارد، به‌سادگی می‌توان گفت عمل و تشخیص قضایی داور خارج از چارچوب قانون بوده است. لکن اکثر پرونده‌ها در دو سر این طیف (خارج از قانون و درون قانون) قرار نمی‌گیرند و در عمل به‌سختی می‌توان تشخیص داد که داور درون قانون یا خارج از قانون عمل کرده است (Belohlavek, 2013, P.42-43).

ثانیاً تعیین مرز دقیق بین این‌که داور در چارچوب حقوق و یا خارج از آن عمل می‌کند از اهمیت چندانی برخوردار نیست و هیچ‌گونه فایده عملی در حوزه داوری تجاری ندارد؛ زیرا:

**الف)** هدف هر دو مفهوم فوق‌الذکر رسیدن به یک نتیجه منصفانه بین طرفین اختلاف است. در حقیقت هرگاه داوران چه در چارچوب قانون و در جهت تعدیل مقررات موضوعه و چه بدون در نظر گرفتن معیارهای قانونی، اقدام به صدور رأی کنند، در هر دو حالت با هدف منصفانه عمل کردن بین طرفین و رسیدن به یک نتیجه عادلانه صرفاً در دو سطح متفاوت از یک فرایند عمل می‌کنند. اگر ما بر تفاوت رسمی، دقیق و ظاهری بین انصاف درون نظام قانونی<sup>۱</sup> و انصاف خارج از این نظام<sup>۲</sup> تأکید و پافشاری کنیم، از هدف اصلی هر دو (یعنی رسیدن به یک نتیجه منصفانه با توجه به اوضاع و احوال پرونده) دور می‌شویم (Belohlavek, 2013, p.42).

**ب)** تشخیص این‌که داور بر مبنای انصاف یا براساس اصول عدل و انصاف عمل می‌کند، ضرورت اساسی ندارد. آنچه اهمیت دارد بررسی نحوه و چگونگی تصمیم‌گیری براساس انصاف است. به معنای دقیق‌تر نکته کلیدی و مهم این است که آیا داوران در فرایند تصمیم‌گیری اساساً بر مبنای انصاف عمل کرده‌اند؟ آیا در رأی صادر شده از سوی داوران محدودیت‌های مقرر رعایت شده است؟ در این حالت

1. equity

2. ex aequo et bono

است که می‌توانیم به‌خوبی کارایی و تأثیر داوری بر مبنای انصاف را آشکار کنیم (Belohlavek, 2013, p.42).

ج) بی‌فایده بودن بحث درخصوص تمایز بین این دو، در داوری تجاری بین‌المللی بیش‌تر تقویت می‌شود؛ بدین سبب که در این عرصه، داور مجاز به اعمال انصاف، اساساً فراتر از مقررات موضوعه عمل می‌کند. در واقع، اغلب نویسندگان بر این موضوع اتفاق نظر دارند که وقتی از داور خواسته می‌شود بر مبنای انصاف عمل کند، او می‌تواند با توجه به نقش‌های مطرح شده برای آن،<sup>۱</sup> اصول حقوق بین‌الملل و حقوق داخلی را نادیده بگیرد و فقط بنا بر انصاف مستقل تصمیم‌گیری کند. به معنای دقیق‌تر علیرغم آن‌که انصاف در دو نقش تعدیل و تکمیل مقررات موضوعه درون چارچوب قانون عمل می‌کند و داور مکلف به رعایت قواعد قانونی در این رابطه است، در بحث از داوری بر مبنای انصاف، داور با هدف تحصیل نتیجه منصفانه، فراتر از قواعد و معیارهای قانونی عمل می‌کند. به‌علاوه اگر داور مجاز به اعمال انصاف می‌توانست صرفاً به تعدیل و تکمیل مقررات موضوعه بپردازد، نیازی به اجازه طرفین نبود؛ در حالی که در تمام نظام‌های حقوقی، شرط اصلی برای داوری بر مبنای انصاف اجازه صریح طرفین است. لذا با توجه به مراتب فوق باید پذیرفت که اساساً طرح بحث تمایز این دو نوع انصاف یعنی "equity" و "ex aequo et bono" در حوزه داوری منصفانه موضوعیت ندارد.

### ۳. داوری بر مبنای اصول عدل و انصاف (Ex aequo et bono) و داوری

#### به طور کدخدامنشی (Amiable Compositeur)

۳. نقش‌های انصاف را سه مورد ذکر کرده‌اند: الف) جرح و تعدیل مقررات موضوعه، ب) تکمیل مقررات موضوعه، ج) فراتر از مقررات موضوعه (حمیدیان، ۱۳۹۴، ص ۲۸-۳۱).

مسأله مهم دیگری که در رابطه با تصمیم‌گیری بر مبنای انصاف مطرح می‌شود این است که آیا درج هریک از اصطلاحات اصول عدل و انصاف و کدخدانمشی در شرط داوری بر شیوه متفاوتی در داوری بر مبنای انصاف دلالت می‌کند یا خیر؟ به عبارتی دیگر آیا هریک از این اصطلاحات به معنای دو فرایند منحصر به فرد و مجزا از یکدیگر در مجموعه داوری بر مبنای انصاف است؟ بحث مربوط به تفاوت مفهومی و کاربردی بین این دو اصطلاح، غالباً در نظام‌هایی مطرح می‌شود که در قوانین داوری آن‌ها از هر دو اصطلاح استفاده شده است؛ مثل قانون داوری سوئیس و نیز بند ۳ ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران. اما در نظام‌های قانونی دیگری که فقط از یک اصطلاح استفاده کرده‌اند، مثل فرانسه (که تنها عبارت کدخدانمشی را به کار برده است) یا ماده ۸۳۴ قانون داوری ایتالیا (که تنها از اصطلاح اصول عدل و انصاف استفاده کرده است) یا همانند قانون داوری انگلستان و آلمان که به عبارات کلی‌تری از جمله «ملاحظات دیگر» یا «داوری منصفانه» ارجاع می‌دهند، معمولاً چنین بحثی وجود ندارد و یا بسیار کم‌رنگ است.

مفهوم کدخدانمشی یک اصطلاح با ریشه فرانسوی است که از دو جزء تشکیل شده است: "amiable" به معنای مهربان یا دوستانه و "compositeur" به معنای پیمان، توافق و مصالحه فی‌مابین طرفین در قرارداد است (Dumisc, 2009, p.10). البته قسمت دوم به صورت فعل و به معنای تنظیم و قراردادن در یک نظم نیز معنا شده است (le Bars, 2008, p.636).<sup>۱</sup> این مفهوم از اصطلاح amicabilis compositor که بخشی از قانون شرع بود، استنتاج می‌شد. به طور دقیق‌تر، در نیمه دوم قرن ۱۷ به موجب قانون شرع، داوران به جای این‌که مانند قاضی حکم دهند، به‌عنوان سازشگر و میانجی عمل می‌کردند و در حالی که به اجرای دقیق و موبه‌موی قوانین شکلی و ماهوی متعهد نبودند، راه‌حل مورد تأیید طرفین را پیشنهاد می‌کردند (Yu, 2000).

۱. واژه "compositeur" در زبان انگلیسی به صورت "composition" و در زبان ایتالیایی به شکل "composizione" استفاده می‌شود.

p.78). بعد از آن، این اصطلاح برای اولین بار در نوشته‌های حقوقی بارتولوس<sup>۱</sup>، دوران<sup>۲</sup> و بالدو<sup>۳</sup> در دانشکده حقوق سوربن و بولونیا دیده شد (Rubino-Sammartano, 1992, p.14). از آنجا که داور در فرایند داوری، رأیی الزام‌آور صادر می‌کند، لکن کدخامنش صرفاً اختیار پیشنهاد راه‌حل به طرفین را داشت، مرز بین این دو شیوه مبهم و نامشخص بود. لذا قانونگذار با هدف رفع ابهام بین داوری و کدخامنشی تصمیم گرفت به داوران اجازه حل و فصل اختلاف بر مبنای انصاف به جای مطابقت صرف با قواعد حقوقی را بدهد. بدین ترتیب مفهوم کدخامنشی برای نخستین بار در کد ناپلئون و بعد در قانون آیین دادرسی مدنی ۱۸۰۶ فرانسه جایگاه قانونی پیدا کرد و اعلام شد که کدخامنشی شکلی از داوری است و مطابق با این اختیار، داوران مجاز هستند تا به قصد اعاده توازن و هماهنگی در قرارداد ویا ایجاد روابط جدید قانونی بین طرفین براساس انصاف عمل کنند (Yu, 2000, p.87). لازم به ذکر است که کماکان مفهوم کدخامنشی در قوانین جدید فرانسه مورد استفاده قرار می‌گیرد. از جمله در ماده ۱۴۹۷ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۲ می ۱۹۸۱ اختیار کدخامنشی به قضات ملی اعطا شده است<sup>۴</sup> و متعاقب آن به موجب مواد ۱۴۹۰ و ۱۵۱۲ همان قانون مصوب ۱۳ ژانویه ۲۰۱۱ (به ترتیب در داوری داخلی و بین‌المللی)، داوران اختیار اعمال کدخامنشی در صورت اجازه طرفین را دارند. امروزه اکثر قوانین داوری بین‌المللی از جمله قانون نمونه آنسیترا و قوانین ملی که از این قانون پیروی کرده‌اند این مفهوم را تصدیق کرده و به رسمیت می‌شناسند. علیرغم آن‌که مفهوم کدخامنشی به طور گسترده در داوری پذیرفته شده و در قوانین مورد تصریح قرار گرفته است، قانونگذاران تعریفی از آن ارائه نکرده‌اند. با وجود این، تعاریف متعددی از این مفهوم در دکترین‌های حقوقی مطرح شده است:

1. Bartolus
2. Durand
3. Baldo

۱. در این قانون پیش از تغییر بخش مربوط به داوری تجاری، مواد ۱۴۷۴ و ۱۴۹۷ در داوری داخلی و بین‌المللی متضمن اعطای اختیار کدخامنشی به داوران بودند.

۱) به لحاظ سنتی در فرانسه، کدخدانمنشی فرایندی در داوری منصفانه است که در آن داوران باید مطابق با قانون و اصول قانونی تصمیم بگیرند ( Weinberg, 1994, p.231)؛ لکن حق دارند تأثیر عملکرد قاعده، هنجار و اصول قانونی را تغییر دهند (Belohlavek, 2013, p.32).

۲) اعضای گروه کاری فرانسوی در اتاق بازرگانی بین‌المللی<sup>۱</sup> کدخدانمنشی را مأموریت و تکلیفی خاص می‌دانند که به موجب آن داور متعهد می‌شود جهت فیصله دادن اختلاف مطروح، راه‌حلی را مبتنی بر قانون ارائه دهد؛ لکن چنین راه‌حلی باید با اصول انصاف و استانداردهای منصفانه منطبق و سازگار باشد (Bertrand, 2005, p.754). به باور آن‌ها، جستجوی راه‌حل عادلانه و منصفانه مانع از اعمال قواعد قانونی از سوی کدخدانمنش نمی‌شود، بلکه او تنها محق می‌شود تا قواعد سخت و شدید قانونی را با هدف رسیدن به یک راه‌حل منصفانه تعدیل کند (Kiffer, 2008, p.627).

۳) در جایی دیگر کدخدانمنشی چنین تعریف شده است: اختیاری که از سوی طرفین به داوران اعطا می‌شود و بدین طریق طرفین از مزایا و منافع قانونی چشم‌پوشی می‌کنند و داوران مجاز می‌شوند تا اختلاف را بدون اعمال دقیق و محض قواعد قانونی حل و فصل کنند. با این حال به عقیده پروفیسور جارسون چنین اختیاری به منزله رد، نادیده گرفتن و عدم اعمال قانون نیست، بلکه کدخدانمنش اجازه تلطیف راه‌حل‌های خشک قانونی را که در آن‌ها استانداردهای انصاف نادیده گرفته شده است، دارد (Kiffer, Jean-Louis, Gerald & Jean, ; Redfen. & Hunter, 1991, p.36 ; 2008, p.627 (2009, p.151).

---

۲. این گروه کاری در سال ۲۰۰۵ در اتاق بازرگانی بین‌المللی تأسیس شد و مأموریت یافت تا (۱) ویژگی‌های اساسی و مبنایی مفاهیم *ex aequo et bono* و *amiable compositeur* را مشخص و تعریف کند؛ (۲) نقش داوری را که بر مبنای انصاف تصمیم می‌گیرد، روشن سازد.

۴) مطابق فرهنگ لغت بلک، «در رویه قانونی لویزیانا<sup>۱</sup> کدخدامنشانی داورانی هستند که مختارند خشکی قواعد قانونی را در راستای عدالت طبیعی تعدیل کنند» (Campbell, 1990, p.8).

۵) همچنین کدخدامنشی به درخواست و توافق سازش و مصالحه بین طرفین جهت حل دوستانه اختلافات تعریف شده است. مطابق این تعریف کدخدامنش شخصی است که برای مصالحه مذاکره می‌کند (Rubino-Sammartano, 1992, p.14).

همه تعاریف ذکر شده از کدخدامنشی بسیار یکسان هستند. بنابراین به طور خلاصه می‌توان گفت: در داورى بر مبنای انصاف، کدخدامنشی به معنای توسل به انصاف خالص و اعمال آن نیست، بلکه فرایندی است که در آن کدخدامنش با جستجو در قانون و انصاف، راه‌حلی را اتخاذ می‌کند که تا حد امکان منصفانه باشد و علاوه بر آن که تصمیم او باید مبتنی بر قانون باشد، این اختیار را دارد تا قواعد خشک حقوقی را جهت رسیدن به یک نتیجه منصفانه تعدیل و اصلاح کند.

با توجه به تعاریف ارائه شده از کدخدامنشی و نظر اکثر نویسندگان برجسته، به نظر می‌رسد بتوان بین تصمیم‌گیری بر مبنای اصول عدل و انصاف و تصمیم‌گیری به طور کدخدامنشی قائل به تمایز شد. به عبارتی واضح‌تر بنا بر عقیده غالب در بین حقوقدانان، تصمیم‌گیری بر مبنای اصول عدل و انصاف و به طور کدخدامنشانه دو شیوه مجزا و متمایز از یکدیگر در حوزه داورى منصفانه هستند<sup>۲</sup> و بنا به این که طرفین اختلاف به کدامیک از این اصطلاحات در موافقتنامه داورى ارجاع می‌دهند، رویه و شیوه تصمیم‌گیری داور برای رسیدن به یک نتیجه منصفانه متفاوت خواهد بود. با دقت نظر در فحوای کلام این دسته از نویسندگان، عموماً دو نوع تمایز به شرح ذیل استنباط و استنتاج می‌شود:

1. Louisiana

2. arbitration in equity: 1) decision- making according to *ex aequo et bono*, 2) to assess the dispute and act in the proceedings as an amiable compositeur.

### ۱-۳. تفاوت در شیوه و فرایند تصمیم‌گیری

در روش کدخدامنشانه داور باید مطابق با اصول و قواعد الزام‌آور قانونی تصمیم بگیرد؛ اما مجاز است اثر اعمال برخی قواعد حقوقی را به هدف پیدا کردن راه‌حل عادلانه و منصفانه تغییر دهد. در حالی که در داوری بر مبنای اصول عدل و انصاف، داور نه‌تنها خارج از چارچوب قانون و مطابق با انصاف صرف و موازین اخلاقی تصمیم می‌گیرد، بلکه می‌تواند برخلاف قانون عمل کند (Belohlavek, 2013, p.32; Herboczková, 2008, pp.1-2). در واقع، طبق رویه بین‌المللی، در داوری بر مبنای اصول عدل و انصاف، داور تعهدی برای در نظر گرفتن نتایج قانونی پیش از تصمیم‌گیری بر مبنای انصاف ندارد و می‌تواند مستقیماً مطابق اصول منصفانه اتخاذ تصمیم کند؛ در حالی که در روش کدخدامنشی رویه به این ترتیب نیست. توضیح این‌که:

درخصوص نحوه اعمال انصاف توسط کدخدامنش دو رویکرد مطرح شده است. اولین رویکرد از این قرار است که داور کدخدامنش می‌تواند بدون در نظر گرفتن قواعد قانونی قابل اعمال، اصول منصفانه را از همان ابتدا به طور مستقیم در فرایند تصمیم‌گیری به کار گیرد. براساس رویکرد دوم کدخدامنش باید ابتدا ادعاهای طرفین را مطابق با قانون قابل اعمال مورد ارزیابی قرار دهد و اگر به نظر او راه‌حل ناشی از قانون غیرمنصفانه و ناعادلانه باشد، آنگاه یا راه‌حل قانونی را مطابق با اصول منصفانه تعدیل و تلطیف کند و یا براساس انصاف مستقل تصمیم بگیرد (Yu, 2000, p.84; Belohlavek, 2013, p.33). نظر و سازوکار دوم به دلایل متعددی از سوی حقوقدانان از جمله اعضای گروه کاری فرانسوی اتاق بازرگانی بین‌المللی ترجیح داده شد. همگی این حقوقدانان بر این اعتقادند که:

اولاً راه‌حل‌های به دست آمده از قانون لزوماً غیرمنصفانه نیستند. بارها دیده شده است که راه‌حل به دست آمده از قانون مطابق با انصاف تشخیص داده شده و



به‌عنوان تصمیم منصفانه نهایی تأیید شده است. لذا عملاً اجرای اولیه قانون پیش از رجوع به انصاف با ایراد چشمگیری همراه نیست.

ثانیاً در یک اختلاف ممکن است ادعاهای زیادی مطرح شود و انصاف صرف و مجرد تنها می‌تواند به برخی از این ادعاها پاسخ دهد. لذا غیرمنطقی است تا از ابتدا بدون سنجیدن راهکارهای قانونی، اصول منصفانه را بر همه اختلاف اعمال کنیم.

ثالثاً حقوق قراردادهای ساختار و چارچوب روابط قراردادی مورد مذاکره طرفین را سازماندهی می‌کند، اما نقش انصاف سازماندهی این روابط نیست، بلکه داور به کمک انصاف می‌تواند تعادل قراردادی از بین رفته را اعاده کند. بدین جهت داور ابتدا باید مشخص کند که ساختار روابط قراردادی چگونه شکل گرفته است و این امر میسر نیست، مگر آن‌که ابتدا به قواعد قانونی قابل اعمال رجوع کند.

در نهایت رویکرد دوم (یعنی رجوع اولیه به قواعد قانونی) موجب اطمینان خاطر استفاده‌کننده‌های بالقوه کدخدامنشی می‌شود؛ چراکه ممکن است آن‌ها نگران باشند از این‌که کدخدامنش تنها براساس درک شخصی و ذهنی خود از انصاف عمل کند. وقتی که از داور خواسته می‌شود در درجه اول قانون و قواعد حقوقی را اعمال کند، موجب می‌شود به طور دقیق‌تری موضوع را توصیف و معین کند و بدین ترتیب در حالی که موضوع به نحو دقیق مشخص گردیده است، به راحتی نیز حل و فصل می‌شود. در نتیجه در این زمینه می‌توان پذیرفت که شیوه اخیر دربرگیرنده وضوح و منطق بیش‌تری جهت اعمال انصاف است (Bertrand, 2005, p.756-757).

بدین ترتیب در صورت عدم تعیین قانون قابل اعمال بر ماهیت اختلاف از سوی طرفین، کدخدامنش می‌تواند قبل از شروع رسیدگی، قانون مناسب بر اختلاف را تعیین کند؛ چنان‌که دیوان دآوری اتاق بازرگانی بین‌المللی در رأی شماره ۳۷۴۲ (۱۹۸۳)<sup>۱</sup> در حالی که به‌عنوان کدخدامنش عمل می‌کرد، ابتدا قانون قابل اعمال بر ماهیت دعوا را مشخص کرد (Herboczková, 2008, p.5).

1. ICC Award no. 3742. 1983.

بنا بر مراتب فوق در رابطه با تمایز اصولی مفهوم کدخدامنشی و اصول عدل و انصاف می‌توان چنین بیان داشت: زمانی که داوران به طور کدخدامنشانه عمل می‌کنند در ابتدا باید قانون و قواعد حقوقی را در نظر بگیرند و سپس تحلیل کنند که آیا راه‌حلهایی که این قواعد مقرر می‌دارند عادلانه‌اند یا خیر (Hilgard & Bruder, 2014, p.5). حتی عموماً در رویه داوری بین‌المللی پذیرفته شده است که اگر کدخدامنش قواعد قانونی موجود را مطابق با منافع مشترک طرفین منصفانه و عادلانه بداند، می‌تواند فقط بر مبنای این قواعد قانونی اتخاذ تصمیم کند (Błaszczak & Kolber, 2013, p. 202). اما داوری که مطابق اصول عدل و انصاف تصمیم می‌گیرد برخلاف کدخدامنشی جریان رسیدگی را با تحلیل و بررسی قانون قابل اعمال و قرارداد آغاز نمی‌کند، بلکه او نسبت به قواعد کلی و انتزاعی قانونی بی‌توجه است و صرفاً با توجه به اوضاع و احوال قضیه براساس انصاف اقدام به تصمیم‌گیری می‌کند.

### ۲-۳. تفاوت در نتیجه تصمیم‌گیری

کدخدامنشی یک توافق قراردادی جهت سازش و فیصله دادن به اختلاف است و اتخاذ تصمیم<sup>۱</sup> به معنای دقیق کلمه نیست. لذا تمام فرایند داوری ویژگی و خاصیت ترافعی خود را از دست می‌دهد و یک رویه «شبه حل و فصل اختلاف»<sup>۲</sup> تلقی می‌شود؛ ولی تصمیم‌گیری بر مبنای اصول عدل و انصاف<sup>۳</sup> یک شیوه جهت اتخاذ تصمیم و صدور رأی محسوب می‌شود (Belohlavek, 2013, p.30). لازم به توضیح است که به عقیده طرفداران تمایز بین این دو مفهوم، «اعطای اختیار به داوران برای کاستن از انعطاف‌ناپذیری حقوق را شاید بتوان تنها جایگزین مبتنی بر حقوق دانست. این نتیجه‌گیری تا جایی صحیح است که صحبت از «اتخاذ تصمیم» در میان باشد. اما هیچ

1. decision- making

2. quasi-settlement proceeding

3. *ex aequo et bono*

چیز مانع از این نیست که خود طرفین به طور مستقیم یا از طریق انتصاب نماینده‌ای، اختلاف را حل و فصل کنند. به همین ترتیب طرفین می‌توانند مشترکاً فقط به یک نفر اختیار دهند که از طرف هر دو آنان اختلاف را حل و فصل کنند. این نماینده مشترک سازش‌دهنده (به شیوه کدخامنشی) نامیده می‌شود» (Rubino-Sammartano, 1991, p.14). با توجه به این امر و نیز ریشه و معنای لغوی این مفهوم، کدخامنشی یک فرایند دادرسی واقعی نیست، بلکه وضعیت قراردادی است که در آن کدخامنش به‌عنوان نماینده دو طرف تلقی شده، طوری عمل می‌کند که اگر خود طرفین می‌خواستند اختلافاتشان را حل و فصل کنند همانگونه توافق می‌کردند (شهبازی‌نیا، ۱۳۸۸، ص ۱۲۷-۱۲۸)؛ چنان‌که دیوان عالی فرانسه در سال ۳۱ اکتبر ۱۸۱۱ اظهار کرده است: «داورانی که مکلف به فیصله اختلاف طرفین هستند، کدخامنش محسوب می‌شوند» (Rubino-Sammartano, 1991, p.15). اما در داوری بر مبنای اصول عدل و انصاف، داور مطابق با اصول منصفانه مبادرت به «اتخاذ تصمیم» می‌کند.<sup>۱</sup> در پرونده کالارسو علیه پینتوس<sup>۲</sup> تفاوت بین کدخامنشی و اصول عدل و انصاف به شرح ذیل بیان شده است: «این عبارت یعنی کدخامنشی به مفهومی گسترده‌تر از تصمیم‌گیری بر مبنای انصاف<sup>۳</sup> اشاره دارد. طبق بخش ۸۲۲ آیین دادرسی مدنی ایتالیا، کدخامنشی اختیاری جهت حل و فصل اختلاف به داوران می‌دهد، یعنی اختیاری که داوران عمل‌کننده بر مبنای اصول عدل و انصاف ندارند» (Rubino-Sammartano, 1991, p.16).<sup>۴</sup> با محتوایی مشابه، دیوان داوری اتاق بازرگانی

۱. فیصله دادن اختلاف مرتباً از اتخاذ تصمیم و صدور رأی تمیز داده شده است.

2. Calaresu v. Pintus, Court of Appeal, Cagliari 29 April 1960, Rep. Foro It. 1961, No. 18, 161

3. Aequitas

۴. تمایز بین تصمیم‌گیری از طریق کدخامنشی و اتخاذ تصمیم بر مبنای اصول عدل و انصاف در نظام قانونی ایتالیا نیز مطرح شده است. مطابق قانون ایتالیا دو نوع داوری وجود دارد که با یکدیگر متمایز هستند: (۱) داوری شکلی که در آن داور مشابه با قاضی اتخاذ تصمیم می‌کند. (۲) داوری قراردادی یا نمایندگی مشترک جهت فیصله دادن به اختلاف که در آن طرفین به داور مشترکاً نمایندگی می‌دهند که به جای آن‌ها اختلاف را دوستانه حل و فصل کند. هرچند در داوری‌های شکلی داوران رأی خود را مطابق با موازین حقوقی اتخاذ می‌کنند، ولی ممکن

بین‌المللی در یکی از آرای خود<sup>۱</sup> اظهار کرده است: «کدخدامنشی دلالت ضمنی گسترده‌تری از اصول عدل و انصاف<sup>۲</sup> دارد. لذا ضرورتی نیست که در این شیوه از رسیدگی داورها به انصاف<sup>۳</sup> یا عدالت<sup>۴</sup> متوسل شوند، بلکه می‌توانند مطابق با عناصر و عوامل دیگری، مناقشات موجود را فیصله دهند» (Maniruzzaman, 2003, p.5). توضیح دیگر برای چنین استنباط و طرز فکری می‌تواند این باشد که برخی قوانین داوری ملی و بین‌المللی مانند قانون نمونه آنسیترال و سایر قوانین پیرو قانون نمونه، هنگام تجویز داوری بر مبنای انصاف، به جای واژه «و» از واژه «یا» مابین دو اصطلاح کدخدامنشی و اصول عدل و انصاف استفاده کرده‌اند که این امر می‌تواند نشان‌دهنده تمایز بین مفاهیم مذکور باشد. «دیوان داوری بر مبنای اصول عدل و انصاف اتخاذ تصمیم خواهد کرد یا به طور کدخدامنشی عمل می‌کند، صرفاً اگر طرفین صریحاً به آن‌ها چنین اختیاری را داده باشند» (بند ۳ ماده ۲۸ قانون نمونه آنسیترال).

با وجود این، علیرغم این‌که داوری بر مبنای اصول عدل و انصاف و کدخدامنشی از لحاظ اصول حقوقی به‌عنوان دو رویکرد مجزا تلقی می‌شوند، در عمل مرز بین آن دو بسیار مبهم و نامشخص است. در حقیقت چنین تمایز ظریفی تنها در مسائل نظری مطرح می‌شود و دیوان‌های داوری به‌ندرت در عمل به این تمایز توجه می‌کنند. آنچه که در داوری دوستانه از اهمیت قابل توجهی برخوردار است، نیت و قصد طرفین دعوا است. آن‌ها صرفاً از داوران می‌خواهند تا اختلاف پیش‌آمده را نه بر مبنای

---

است طرفین از آن‌ها خواسته باشند بر مبنای انصاف مبادرت به صدور رأی کنند. در هر صورت در داوری‌های شکی داور بر مبنای قواعد حقوقی یا اصول انصاف اتخاذ تصمیم (decision-making) می‌کند؛ اما در داوری‌های قراردادی، داور به‌عنوان نماینده طرفین در تصفیه اختلاف به جای صدور رأی، حقوق و تعهدات طرفین را در قالب روابط جدیدی تعیین می‌کند. رک به: (Rubino-Sammartano, 2014, p.471).

1. ICC Award no. 1780, 16 December 1970
2. *ex aequo et bono*
3. equity
4. justice

قواعد خشک حقوقی، بلکه بر مبنای موازین منصفانه حل و فصل کنند و حکم دهند. رأی صادر شده نیز یک رأی قابل اجرا است. استعمال هریک از این اصطلاحات از سوی طرفین تنها یک مسأله لغوی و ترجیح زبانی است و هریک از این اصطلاحات فقط دو نام متفاوت برای داوری دوستانه هستند؛ چرا که ماهیت و عنصر مشترک تمام داوری‌های دوستانه عبارت است از حصول نتیجه منصفانه، بدون آن‌که بر مبنای خشک و محض حقوقی مبتنی باشد. قوانینی که به جای این اصطلاحات از عبارت‌های کلی استفاده کرده‌اند، مانند ماده ۴۶ قانون داوری انگلستان (۱۹۹۶)، به خوبی ماهیت یکسان این دو مفهوم را نشان می‌دهند. این موضوع که در قوانین داوری به جای حرف ربط «و» از حرف «یا» استفاده شده است، نتیجه بحث تئوری و احترام به دیدگاه‌های تاریخی و ملی است و نمی‌تواند به منزله تفاوت بین اصطلاحات مذکور تلقی شود (شیروی، ۱۳۹۱، ص ۸). «به نظر نمی‌رسد بین این دو مفهوم تفاوت جدی وجود داشته باشد. دلیل عطف این دو به یکدیگر... پوشش کلیه مواردی است که داوران به صورت غیرقضایی رأی صادر می‌کنند» (شیروی، ۱۳۹۱، ص ۲۳۳). «...طرفین می‌توانند به دیوان داوری اجازه بدهند تا در امر مورد اختلاف، مطابق با عدل و انصاف تصمیم بگیرد یا به طور کدخدامنشی عمل کند. هر دو مفهوم [در ماهیت امر] این‌گونه تفسیر می‌شوند که دیوان داوری موظف نیست تا مطابق با قانون قابل اعمال اتخاذ تصمیم کند، بلکه رأیی که دیوان صادر می‌کند بر اصول معقول و منصفانه مبتنی می‌شود...» (Moses, 2008, p. 74).

با توجه با توضیحات پیشگفته و به این دلیل که قواعد و دکترین‌های حقوقی باید به نیازهای جامعه تجاری بین‌المللی پاسخ دهند، به نظر می‌رسد ضرورتی به ذکر تمایز بین مفهوم اصول عدل و انصاف و کدخدامنشی نباشد و همچنین به نظر

می‌رسد عقیده‌ای که این دو مفهوم را برابر و یکسان می‌داند، در رویه‌های داوری بین‌المللی و حقوق تجارت بین‌الملل قابل حمایت باشد.<sup>۱</sup>

#### ۴. نتیجه

تمایز ساختاری مطرح شده از سوی برخی از صاحب‌نظران بین دو مفهوم انصاف (equity) و اصول عدل و انصاف (ex aequo et bono) تا حد بسیار زیادی اغراق‌آمیز است. در حقیقت دو اصطلاح «انصاف» و «اصول عدل و انصاف» را می‌توان مشابه و حتی مترادف با یکدیگر تلقی کرد؛ چرا که اولاً تکیه بر تمایز دقیق بین انصاف و اصول عدل و انصاف نه‌تنها هیچ‌گونه فایده عملی ندارد، بلکه موجب دور شدن از هدف اصلی یعنی حصول نتیجه منصفانه با تمرکز صرف بر اوضاع و احوال خاص هر پرونده خواهد شد. ثانیاً از آن‌جا که داور مجاز به اعمال انصاف لزوماً بدون در نظر گرفتن معیارها و اصول قانونی اقدام به ارزیابی و تصمیم‌گیری در موضوع اختلاف می‌کند، لذا طرح مسأله تفاوت بین انصاف در چارچوب قانون و انصاف خارج از نظام حقوقی در حوزه داوری منصفانه اساساً موضوعیت ندارد. همچنین تمایز اصولی و ظریفی که بین دو شیوه داوری بر مبنای اصول عدل و انصاف و ارزیابی اختلاف به طور کدخدامنشانه بیان شده است تنها به لحاظ نظری اهمیت دارد و دیوان‌های داوری به‌ندرت در عمل به چنین تمایزی توجه می‌کنند. در نتیجه با توجه به توضیحات ذکر شده باید اذعان داشت که ماهیت و عنصر مشترک تمام داوری‌های دوستانه عبارت است از حصول نتیجه منصفانه بدون آن‌که چنین نتیجه‌ای بر مبنای خشک و دقیق حقوقی مبتنی باشد. لذا استعمال هر یک از اصطلاحات اصول عدل و انصاف (ex aequo et bono)، کدخدامنشی amiable

۱. نظر به این‌که تمایز اصولی بین این مفاهیم (مفهوم اصول عدل و انصاف و کدخدامنشی) در عمل چندان مورد نیاز نیست و هدف صرفاً رسیدن به یک نتیجه عادلانه است، لذا بنا بر اصل Pragmatism (هرچه در عمل مفید باشد، حقیقت است)، عقیده برابر دانستن آن مفاهیم می‌تواند قابل دفاع باشد.

(compositure) و انصاف (equity) در قرارداد داوری از سوی طرفین اختلاف تنها یک مسأله ترجیح زبانی است و هریک از آنها فقط نام‌های متفاوتی برای داوری دوستانه هستند و هرگز به شیوه‌های متفاوتی از داوری بر مبنای انصاف دلالت نمی‌کنند.

## ۵. منابع

### ۱-۵. فارسی

۱. پاکدل رضایی، شهرام، «اصل انصاف در روابط دولت‌ها با تکیه بر آراء دیوان بین‌المللی دادگستری»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکزی، ۱۳۹۰.
۲. حمیدیان، فاطمه، «نقش انصاف در داوری تجاری بین‌المللی»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه تربیت مدرس، ۱۳۹۴.
۳. رضوی زادگان، محمدرضا، «انصاف و جایگاه آن در حل اختلافات بین‌المللی»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، حقوق بین‌الملل، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۷۴.
۴. شهبازی‌نیا، مرتضی، «داوری و انصاف»، مجموعه مقالات همایش صدمین سال تأسیس نهاد داوری در حقوق ایران، به اهتمام محمد کاکاوند، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، ۱۳۸۸.
۵. شیروی، عبدالحسین، *داوری تجاری بین‌المللی*، چ ۱، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۹۱.
۶. میرعباسی، باقر؛ باقرزاده، رضوان، «نقش انصاف در حل و فصل اختلافات بین‌المللی»، *مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران*، دوره ۴۰، شماره ۲، ۱۳۸۹.

### ۲-۵. انگلیسی

## Books

7. Campbell Black, M. A., Henry .*Dictionary black's Law*. Sixth Edition ed.: West Publishing Company, 1990.
8. Jean-Louis, D., Gerald, H. & Jean, R. *French arbitration law and practice: A dynamic civil law approach to international arbitration*. Netherlands: Kluwer Law International, second ed, 2009.
9. Redfern, A. & Hunter, M. *Law and practice of international commercial arbitration*, London, Sweet & Maxwell, Second ed, 1991.
10. Moses, M. L. *The principles and practice of international commercial arbitration*, Cambridge University Press, 2008.
11. Rubino-Sammartano, M. "*International Arbitration Law and Practice*", Third edition, Kluwer Law International, 2014.

#### Articles

12. Anon, Ex Aequo et Bono Definition., *Duhaime's Law Dictionary*. [Online] at: <http://www.duhaime.org/LegalDictionary/E/ExAequoEtBono.aspx>
13. Belohlavek, A. J. "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, 2013.
14. Bertrand, E. "Amiable Composition: Report of ICC France Working Group". *international Business Law Journal*, Vol. 6, 2005.
15. Błaszczak, Ł. & Kolber, J. (2013). "General Principles of Law and Equity as a Basis for Decision-Making in Arbitration". *Comparative Law Review*, Vol. 15, 2013.
16. Dumisic, A. "Advantages of amicable international arbitration: characteristics and scope of arbitrator powers", 2009. at: <http://urn.nb.no/URN:NBN:no-22369>
17. Francioni, F. "Equity in International Law". *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Vol. 6, 2010.
18. Frank, T. M. & Sughrue, D. M. "International Role of Equity-as-Fairness", *The Georgetown Law Journal*, Vol. 81, 1992.





19. Herboczková, J. "Amiable Composition in the International Commercial Arbitration", 2008. at: [www.law.muni.cz](http://www.law.muni.cz)
20. Hilgard, M. & Bruder, A. E. "Unauthorised Amiable Compositeur". *Disp. Resol. Int'l*, Vol. 8, 2014.
21. Kiffer, L. "Nature and Content of Amiable Composition". *international Business Law Journal*, Vol.4, 2008.
22. le Bars, B. "How to Improve the Reliability of the Process of Equitable Arbitration: The French Committee Proposals". *international Business Law Journal*, Vol. 4, 2008.
23. Maniruzzaman, A. "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), 2003.
24. Maniruzzaman, A. F. "The Lex Mercatoria and International Contracts: A Challenge for International Commercial Arbitration?", *American university international law review*, Vol. 14(3), 1999.
25. McInnis, J. A. "Amiable Composition: Whither the Direction of Hong Kong Arbitration Law". *Hong Kong Law Journal*, Vol. 21, N 3, 1991.
26. Rubino-Sammartano, M. "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, N.1, 1992.
27. Sampaio Caramelo, A. "Arbitration in Equity and Amiable Composition under Portuguese Law". *Journal of International Arbitration*, Vol. 25, N. 5, 2008.
28. Schreuer, C. "Decisions ex aequo et bono under the ICSID Convention". *ICSID Review*, Vol. 11, N 1, 1996.
29. Trakman, L. "Ex Aequo et Bono: De-Mystifying An Ancient Concept". *Chicago J Int'l L*, Vol. 8, 2008.
30. Vuillard, E. & Vagenheim, A. "Why Resort to Amiable Composition". *international Business Law Journal*, Vol4, 2008.
31. Yu, L. "Amiable Composition—A Learning Curve", *Journal of International Arbitration*, Vol. 17. N 1, 2000.

32. Weinberg, K. S. "Equity in International Arbitration: How Fair is Fair-A Study of Lex Mercatoria and Amiable Composition" . *BU Int'l LJ*, Vol. 12, 1994.

