

## داوری تجاری بین المللی بر مبنای «انصاف»، «میانجیگری دوستانه» و «حقوق بازرگانی فراملی»

محمد کریمی<sup>۱\*</sup>

جواد کاشانی<sup>۲</sup>

داود نصیران نجف‌آبادی<sup>۳</sup>

### چکیده

عبرغم گذشت چندین دهه از ظهور لکس مرکاتوریا یا همان حقوق بازرگانی فراملی، اختلاف نظرها پیرامون مناسبت‌های مختلف مربوط به اعمال «لکس مرکاتوریا» وجود دارد. یکی از مهمترین اختلاف نظرها مربوط به اعمال «انصاف» و «میانجیگری دوستانه» در داوری تجاری بین‌المللی است و اینگونه این موضوع مطرح می‌شود که چنانچه در قراردادی در قلمرو تجارت بین‌الملل، طرفین توافق نموده باشند قرارداد آن‌ها بر مبنای «انصاف» یا «میانجیگری دوستانه» اداره شود آیا داور می‌تواند این تصریح طرفین را به معنای اختیار داور در اداره قرارداد بر مبنای «لکس مرکاتوریا» تلقی نماید و اقدام به اتخاذ تصمیم بر مبنای «لکس مرکاتوریا» نماید؟ مهم‌ترین ریشه اختلاف نظرها در این خصوص ناشی از این مقوله است که «انصاف» به عنوان یکی از مهمترین اصول «لکس مرکاتوریا» تلقی می‌شود و از این جهت برخی از اساتید تجارت بین‌الملل بر این اعتقادند که تعیین «انصاف» به عنوان قانون حاکم بر اختلاف توسط طرفین قرارداد یا اختیار داور در عمل به عنوان یک «میانجیگر مشفق» در حقیقت دست داور را در رابطه با امکان اعمال «لکس مرکاتوریا» بازمی‌گذارد. با این وجود در اداره قرارداد بر مبنای لکس مرکاتوریا، داور مکلف به اعمال و اتخاذ تصمیم بر مبنای «لکس مرکاتوریا» است، هرچند نتیجه تصمیم او منطبق با «انصاف» نباشد. این تشتت آراء باعث گردید تا ذهن نویسندگان با رویکرد توصیفی - تحلیلی و با استفاده از روش کتابخانه‌ای به انجام تحقیقی مستقل در این زمینه معطوف گردد.

**واژگان کلیدی:** «انصاف»، «لکس مرکاتوریا»، داوری تجاری بین‌المللی، «میانجیگری دوستانه»

۲۱۵



فصلنامه

پژوهش‌های

روابط بین‌الملل،

دوره نهم، شماره

دوم، شماره پیاپی

سی و دوم

تابستان ۱۳۹۸

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی گروه حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی واحد نجف‌آباد، ایران.

\* mohammadkarimi.law63@gmail.com

۲. دانشیار گروه حقوق اقتصادی دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران. (نویسنده مسئول)

kashani.lawyer@gmail.com

۳. عضو هیات علمی گروه حقوق، دانشکده حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی واحد نجف‌آباد، ایران.

dawoodnassiran@yahoo.com

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۶/۲۸

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۱/۲۵

فصلنامه پژوهش‌های روابط بین‌الملل، دوره نهم، شماره پیاپی سی و دوم، صص ۲۳۸-۲۱۵

«لکس مرکاتوریا» یا همان «حقوق بازرگانی فراملی» در واقع نوعی نظام خودجوش عرفی است که توسط بازرگانان برای اداره قراردادهای تجاری بین‌المللی ایجاد گردید و با توجه به مشکلات مربوط به اعمال قوانین ملی و همچنین عدم توانایی قواعد حقوق بین‌الملل نسبت به اداره اختلافات روابط خصوصی بازرگانان، به عنوان نظامی کارآمد رشد و توسعه پیدا نمود. ویژگی‌های منحصر به فرد «لکس مرکاتوریا» مانند عدم وضع به وسیله یک قوه قانونگذاری ملی مشخص، پویایی منابع هنجارساز آن و همچنین تطابق آن با هنجارها و رویه بازرگانی بین‌المللی در کنار دلایل دیگر، چهره مطلوبی از لکس مرکاتوریا به جامعه بازرگانان معرفی نمود و از این جهت موارد استناد به «لکس مرکاتوریا» در قراردادهای تجاری بین‌المللی و همچنین توسط داوران در راستای اداره قراردادهای تجاری بین‌المللی افزایش یافته است. از طرف دیگر داوران به عنوان اشخاصی با اختیارات وسیع‌تری نسبت به قضات محاکم ملی، با توجه به ماهیت خصوصی محاکم داوری، خود را مکلف به اعمال مناسب‌ترین قانون موجود برای اتخاذ تصمیم در خصوص اداره قرارداد تحت نظرشان می‌دانند و از این جهات در صورت عدم تصریح طرفین در انتخاب یک قانون خاص یا ارجاع به مفاهیمی مانند رسیدگی بر مبنای «انصاف»، در زمانی که «لکس مرکاتوریا» را به عنوان مناسب‌ترین و بهترین قانون برای اداره قرارداد تلقی می‌کنند، اقدام به اعمال «لکس مرکاتوریا» به عنوان قانون حاکم بر قرارداد می‌نمایند. به طور کلی در حقوق تجارت بین‌الملل رویه رو به رشد در قراردادها و حل و فصل اختلافات تجاری بین‌المللی، این است که داوری این اختلافات به عنوان انعکاس دهنده قدرت قضایی ذاتی جامعه بازرگانان بین‌المللی در نظر گرفته می‌شود. (Barden and Murphy, 2010:118)

این قدرت به عنوان نهادی هنجارساز در داوری تجاری بین‌المللی، به طور قابل توجهی دست داوران را در اداره قرارداد بر مبنای مناسب‌ترین قانون، در فرض عدم انتخاب صریح طرفین باز می‌گذارد. بدون شک یکی از مهم‌ترین دلایل ترویج داوری در جامعه بازرگانی، مشکلات متعدد مربوط به اداره قراردادهای تجاری بر مبنای قوانین ملی است. قاضی ملی به دلیل وجود قوانین و قواعد ماهوی مشخص و تکلیف خود به صدور رأی بر اساس آن

قوانین، احکام صادره توسط آن‌ها از انعطاف پذیری کمتری برخوردار هستند و این در حالی است که در داوری بازرگانی بین‌المللی، عملکرد محکمه داوری وابستگی مستقیم به احکام و قوانین یک قانون ملی مشخص ندارد، بلکه داور در بعضی موارد در پرتو اراده مفروض طرفین اختلاف، قدرت اتخاذ تصمیم با اختیار وسیع در راستای در نظر گرفتن آخرین تحولات جامعه بازرگانی بین‌المللی را دارد.

داوران اصول کلی حقوقی را ایجاد می‌نمایند و بنابراین آن‌ها صرفاً اصولی را که به وسیله طرفین صراحتاً انتخاب شده اعمال نمی‌کنند بلکه آن‌ها همچنین اصول جدیدی را تولید می‌کنند.

با وجود این اختیارات وسیع برای محاکم داوری، داوران در بعضی از پرونده‌ها شرط داوری براساس «انصاف» را نیز از مصادیق ارجاع ضمنی به «لکس مرکاتوریا» تلقی نموده‌اند. البته این استنباط مخالفین و موافقانی دارد.

اعتقاد موافقین در این خصوص به طور کلی بر این استدلال استوار شده که حقوق بازرگانی فراملی فقط «انصاف» نیست، بلکه مجموعه‌ای از اصول و قواعد حقوقی است که «انصاف» نیز یکی از مصادیق آن‌ها تلقی می‌شود و داور می‌تواند شرط داوری براساس «انصاف» و ملاحظات غیر حقوقی را به عنوان ارجاع ضمنی و تلویحی به حقوق فراملی تفسیر کند. لازم به ذکر است، عناصر حقوق فراملی مانند عرف‌های تجاری و اصول کلی حقوقی، مبنای مناسبی برای اتخاذ تصمیمات داوری در یک دعوی بین‌المللی که بر اساس «انصاف» و ملاحظات غیر حقوقی داوری می‌کند، تلقی شده است (همان).

بدون شک بعضی از اصول و قواعد «لکس مرکاتوریا» از احکام داوران که بر مبنای اصول «انصاف» صادر شده، تکامل یافته‌اند (Bělohávek et al, 2013: 48) و از این جهت به نظر می‌رسد که داوران می‌توانند که در فرض انتخاب «انصاف» به عنوان قانون حاکم بر قرارداد، «لکس مرکاتوریا» را در چهارچوب اختیار ضمنی آن‌ها در حل اختلافات مطابق «انصاف» اعمال کنند. بنابراین به نظر می‌رسد که در قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران نیز در بند ۳ ماده ۲۷، امکان استناد به «لکس مرکاتوریا» توسط طرفین قرارداد تجاری بین‌المللی در نظر گرفته شده است. در بند ۳ ماده ۲۷، قانونگذار عنوان می‌دارد:

«داور در صورتی که طرفین صریحاً اجازه داده باشند، می‌تواند براساس عدل و انصاف» یا به صورت کدخدامنشانه تصمیم بگیرد». بر مبنای استدلال فوق امکان حل و فصل اختلافات طرفین بر مبنای «انصاف»، منبعی است که میتواند به داور اختیار ضمنی در حل و فصل دعوا براساس «لکس مرکاتوریا» را بدهد.

۱. به طور کلی در راستای پذیرش امکان اعمال لکس مرکاتوریا به عنوان قانون حاکم بر قرارداد، قانونگذاران ملی و بین‌المللی از عبارت قواعد حقوقی Rule of LAW به جای قانون ملی State Law استفاده می‌کنند. به طور مثال ماده ۱۵۱۱ از قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه عنوان می‌دارد: «دیوان داوری باید اختلاف را مطابق قواعد حقوقی که بوسیله طرفین انتخاب شده تصمیم‌گیری نماید و در زمانی که چنین انتخابی وجود ندارد، مطابق با قواعد حقوقی که آنرا مناسب تلقی می‌نمایند، اتخاذ تصمیم کند». ماده (۱) ۱۸۷ از قانون فدرال سوئیس در حقوق بین‌المللی خصوصی نیز عنوان می‌دارد: «دیوان داوری می‌بایستی مطابق قواعد حقوقی انتخاب شده بوسیله طرفین اتخاذ تصمیم نماید و در فقدان چنین انتخابی دیوان داوری می‌بایستی مطابق قواعد حقوقی که با پرونده نزدیک‌ترین ارتباط را دارند، اتخاذ تصمیم بنماید». به نظر اکثریت حقوقدانان استفاده از واژه قواعد حقوقی بجای قانون ملی دلالت بر امکان پوشش قرارداد به وسیله یک قانون غیرملی و غیر دولتی مانند «لکس مرکاتوریا» دارد. در این رابطه بررسی نحوه نگارش بند ۱ ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران درخور توجه است. ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران مصوب ۱۳۷۶ نیز عبارت قواعد حقوقی را مورد استفاده قرار داده است. بند یک ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی عنوان می‌دارد:

«داور» برحسب قواعد حقوقی که طرفین در مورد ماهیت اختلاف برگزیده‌اند اتخاذ تصمیم خواهد کرد». هرچند وجود عبارت قواعد حقوقی در صدر بند یک ماده ۲۷ می‌تواند دلیل بر امکان پذیرش حاکمیت «لکس مرکاتوریا» یا قواعد حقوقی فرادولتی برای اداره اختلافات درحیطه تجارت بین‌الملل باشد، اما عبارات استفاده شده از سوی قانونگذار در ادامه بند یک ماده ۲۷ ذهن خوانندگان این قانون را در امکان پوشش قراردادهای تجاری بین‌المللی تحت حاکمیت «لکس مرکاتوریا» با تردید مواجه می‌سازد. قانونگذار در ماده ۲۷ در ادامه بیان می‌کند «..... تعیین قانون یا سیستم حقوقی یک کشور مشخص به هر نحو که صورت گیرد به عنوان ارجاع به قوانین ماهوی آن کشور تلقی خواهد شد. قواعد حل تعارض مشمول این حکم نخواهد بود، مگر اینکه طرفین به نحو دیگری توافق کرده باشند» عبارت «قانون یا سیستم حقوقی یک کشور مشخص»، چنانچه تفسیرکننده جمله اول بند یک ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی باشد، مؤید این است که قانون‌گذار در صورتی که تمایلی به امکان انتخاب «لکس مرکاتوریا» به عنوان قانون حاکم بر قراردادهای تجاری داشت، مانند ماده ۱۱۵۱ قانون مدنی فرانسه و یا ماده ۱۸۷ قانون فدرال سوئیس در حقوق بین‌الملل خصوصی، از ذکر عبارت دلالت‌کننده بر قانون یک کشور مشخص اجتناب می‌کرد. از این جهت به نظر میرسد که بند یک ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی به خوبی نگارش نشده است و بهتر بود که قانون‌گذار چنانچه تمایلی نسبت به امکان پذیرش اصول کلی حقوقی یا «لکس مرکاتوریا» به عنوان قانون حاکم بر قرارداد می‌داشت، از کلمه «یک کشور مشخص» در متن ماده ۲۷ استفاده نمی‌کرد و در راستای به رسمیت شناختن حکم موجود در جمله اول ماده ۲۷ و برطرف کردن هرگونه تردیدی در مورد امکان اداره قراردادهای تجاری تحت حاکمیت اصول کلی حقوقی یا «لکس مرکاتوریا» از عبارات دیگری استفاده می‌نمود. علاوه بر عبارت «سیستم حقوقی یک کشور مشخص»، آوردن عبارات دیگری مانند «قوانین ماهوی آن کشور» یا «قواعد حل تعارض» نیز به نوبه خود تردید جدی در اراده قانونگذار در رابطه با امکان انتخاب «لکس مرکاتوریا»، مطابق قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران ایجاد می‌نماید.

با این وجود این استدلال، برخی از اساتید معتقدند که صدور رأی بر مبنای «انصاف» به معنای اشاره ضمنی در امکان اعمال «لکس مرکاتوریا» نیست، زیرا «لکس مرکاتوریا» داوران را متعهد می‌کند که براساس «لکس مرکاتوریا» رأی دهند، هرچند «انصاف» نتیجه دیگری را مشخص نماید (Petar, 1989: 149).

علاوه بر این عنوان شده علی‌رغم وجود بسیاری مشابهت‌ها، اتخاذ تصمیم بر مبنای «انصاف» نمی‌تواند به طور کامل مشابه با اتخاذ تصمیم بر مبنای «لکس مرکاتوریا» تلقی شود. یک داور در هنگام اعمال «لکس مرکاتوریا» همانند یک قاضی عمل می‌کند و در واقع یک مجموعه خاص از قواعد را نسبت به اختلافات طرفین تا حدی که مربوط به تعریف واژه «لکس مرکاتوریا» می‌شود، اعمال می‌نمایند. در حالی که یکی از اصول مهم تصمیم‌گیری بر مبنای «انصاف» این است که داور ملزم به اجرای هر قاعده‌ای از اصول کلی نمی‌باشد و از این جهت داور الزامی به اعمال «لکس مرکاتوریا» ندارد. از طرف دیگر باید توجه داشت غیر ممکن است که داور اعمال «لکس مرکاتوریا» را به دلیل رعایت قواعد منصفانه استثناء کند (J. Belohlávek, 2011: 438). بنابراین در مواردی که در یک اختلاف مقرر شده که بر مبنای «لکس مرکاتوریا» تصمیم‌گیری شود، ممکن است که «لکس مرکاتوریا» حاوی اصول و قواعدی باشد که نتیجه‌گیری براساس این اصول و قواعد با نتایج به دست آمده بر مبنای «انصاف» تطابق نداشته باشد و از این جهت نمی‌توان صدور رأی بر مبنای «انصاف» را به اختیار ضمنی داوران در صدور رأی بر مبنای «لکس مرکاتوریا» تلقی نمود. به عبارت دیگر درست است که «انصاف» یکی از اصول تشکیل دهنده «لکس مرکاتوریا» محسوب می‌شود اما داور در صدور رأی بر مبنای «لکس مرکاتوریا» می‌بایستی تمام اصول و قواعدی را که از منابع این نظام عرفی خودجوش فراملی استنباط می‌کند مورد توجه قرار دهد و نمی‌تواند صرفاً تصمیم خود را بر مبنای «انصاف» استوار نماید.

«انصاف» به عنوان یکی از اصول کلی متداول در قراردادهای بین‌المللی به عنوان جزئی از بدنه «لکس مرکاتوریا» محسوب می‌شود و قاضی یا داور می‌بایستی در مواردی که تصمیم دارد یک قرارداد را براساس «لکس مرکاتوریا» اداره کند، همانند یک مهندس اجتماعی تمامی منابع و آنچه از واژه «لکس مرکاتوریا» در جامعه تجاری بین‌المللی در نظر

می‌آید را هرچند مشابه با نتایج خاص اعمال دقیق قاعده «انصاف» نباشد، مورد توجه قرار دهد. از طرف دیگر دسردر تفاوت بین تصمیم‌گیری بر اساس «انصاف» و «لکس مرکاتوریا» خاطر نشان می‌کند که «لکس مرکاتوریا» یک روش است درحالی‌که «انصاف» یک نتیجه است. گُرد ماستیل نیز به درستی از آشفتگی بین اعمال «لکس مرکاتوریا» و تصمیم صادر شده بر مبنای «انصاف» اظهار تأسف نموده است (Poudre and Besson, 2007: 627). البته اختلاف نظرها پیرامون نقش «انصاف» در قواعد و اصول کس مرکاتوریا به اظهار نظرها در خصوص ماهیت حقوقی «لکس مرکاتوریا» نیز بسط داده شده است. بر مبنای یک دیدگاه مطرح شده در خصوص ماهیت «لکس مرکاتوریا»، «لکس مرکاتوریا» نظم حقوقی مستقل نیست بلکه یک پروسه ویژه دنبال شده به وسیله قاضی یا داور در زمانی است که او برای قضاوت اختلافات تجاری بین‌المللی فراخوانده می‌شود. بر اساس این دیدگاه در زمانی که طرفین یک معامله بین‌المللی نه صراحتاً و نه به طور ضمنی انتخابی را در رابطه با قانون ملی قابل اعمال صورت نمی‌دهند، ملاحظات همه سیستم‌های حقوقی مرتبط با موضوع اختلاف و آن قواعدی که ظاهراً بیشترین تناسب را با موضوع اختلاف دارند و در راستای حل مناقشه منصفانه تر هستند، انتخاب می‌شود.

این پروسه قضایی که بخشی از آن اعمال قواعد و قسمتی از آن یک انتخاب و ایجاد روند است، اعمال «لکس مرکاتوریا» خوانده می‌شود (Latty, 2007: 323)، که قاضی یا داور می‌تواند از آن به عنوان منبعی برای تفسیر مقررات یا بدنه‌های مبهم قرارداد استفاده نماید. اعمال قواعد منصفانه تر دلالت بر اعمال و حکومت ضمنی «انصاف» بر تمامی اصول و قواعد «لکس مرکاتوریا» دارد زیرا داوران می‌بایستی بر اساس تعریف فوق از ماهیت «لکس مرکاتوریا»، قواعد و اصولی را اعمال نمایند که نسبت به اداره قرارداد تجاری پیش روی آن‌ها منصفانه تر تلقی می‌شود.

مقدمه فوق نشان می‌دهد که یک اختلاف نظر جدی در خصوص امکان اداره قراردادها بر مبنای «لکس مرکاتوریا»، در فرض انتخاب «انصاف» به عنوان قانون حاکم بر داوریه و وسیله طرفین وجود دارد. در رابطه با تحلیل این موضوع و بررسی جنبه‌های مختلف مربوط به اداره قراردادها بر مبنای «انصاف»، در کنار بررسی مفهوم «انصاف» در اداره قراردادهای

تجاری بین‌المللی، می‌بایستی به نحوه عملکرد داوران در اداره قراردادهای تجاری بین‌المللی بر مبنای «انصاف» پرداخت و این مقوله را بررسی نمود که داور در هنگام اداره قرارداد بر مبنای «انصاف» چگونه عمل می‌نماید و این نقش آفرینی چه تفاوتی با اداره قراردادهای تجاری بین‌المللی بر مبنای «لکس مرکاتوریا» دارد؟

نکته دیگری که لازم است در کنار پاسخ دادن به سؤالات فوق به آن توجه شود، داوری بر مبنای «میانجیگری دوستانه» است که به این نوع داوری به عنوان داوری کدخدامنشانه نیز اشاره می‌شود و در برخی از نوشته‌های حقوقی نه تنها این نوع داوری را علی‌رغم وجود تفاوت‌ها، مشابه «انصاف» دانسته‌اند بلکه اشتباهاً اختیار عمل داور در اتخاذ تصمیم بر مبنای «میانجیگری دوستانه» را به معنای اختیار ضمنی داوران در صدور رأی بر مبنای «لکس مرکاتوریا» تلقی نموده‌اند. از این جهت بررسی مفهوم داوری بر مبنای «میانجیگری دوستانه» و بیان وجوه تمایز آن با داوری بر مبنای «انصاف» و داوری بر مبنای «لکس مرکاتوریا» می‌تواند کمک مؤثری در شناخت اختیارات داور درباره نحوه اتخاذ تصمیم بر مبنای مفاهیم فوق نماید.

۲۲۱



داوری بر مبنای  
«انصاف»،  
«میانجیگری  
دوستانه» و  
«حقوق بازرگانی  
فراملی»

#### گفتار نخست: داوری بر مبنای «انصاف»<sup>۱</sup>

امروزه برخی از آراء داوری بر مبنای اختیار داوران در رسیدگی و صدور حکم بر مبنای «انصاف» صادر می‌شود که به جهت دامنه اختیار عمل داوران در عدم پیروی مطلق از قواعد حقوق ملی، دارای ارتباط نزدیکی با اختیار آن‌ها در عمل بر مبنای لکس مرکاتوریا و میانجیگری دوستانه تلقی شده، هر چند با آن‌ها متفاوت است.

#### بند اول: مفهوم «انصاف»

معنای متداول و رایج واژه «انصاف»، عدالت و برابری است (Deborah , 2007:67). استاد دکتر ناصر کاتوزیان در تعریف «انصاف» عنوان می‌دارند: «انصاف» مجموعه قواعدی است که در کنار قواعد اصلی حقوق وجود دارد و به استناد متکی بودن بر اصول عالی و برتر اخلاقی می‌تواند قواعد حقوقی را لغو کنند یا تخصیص دهد (کاتوزیان، ۱۳۸۰:

1Equity  
2Fairness  
3Equality

۱۴۵). بر مبنای این تعریف می‌توان «انصاف» را سیستمی از عدالت طبیعی تلقی نمود که یک قضاوت عادلانه را در فرضی که قوانین موجود رضایت بخش نیست، اجازه می‌دهد. در رابطه با مفهوم کاربردی «انصاف» دو جایگاه در نظر گرفته شده است. در مفهوم کلی حقوقی «انصاف»، به معنی قدر تبرآورده کردن استانداردهای اخلاقی عدالت در پرونده‌ای مشخص، از طریق اختیار داشتن دادگاه در کاهش سختی اعمال قواعد خشک حقوقی به نحوی است که انطباقی در جهت کمک به شرایط یک پرونده خاص ایجاد شود (Holzmann, 1995:2).

تعبیر دیوان بین‌المللی دادگستری از این مفهوم «انصاف» نیز چنین است که: «... مفهوم خاص «انصاف» بعنوان یک مفهوم حقوقی، تجلی مستقیم ایده عدالت است و دیوان که وظیفه غایی آن اجرای عدالت است، متعهد به اعمال آن می‌باشد. ... «انصاف» غالباً در مقابل قواعد خشک حقوق موضوعه قرار گرفته و برای تعدیل این سختگیری در راستای نیل به عدالت بکار رفته است... و یک اصل عام است که مستقیماً به مثابه قانون، قابل اعمال است. بعلاوه در زمان اعمال حقوق بین‌الملل موضوعه، یک دادگاه ممکن است از بین تفاسیر متعدد از یک قانون، تفسیری را برگزیند که در پرتو اوضاع و احوال و شرایط قضیه تحت رسیدگی به عدالت نزدیک‌تر به نظر می‌رسد. اعمال اصول منصفانه از اصول مبتنی بر کدخدامنشانه متمایز است.

دیوان چنان تصمیمی را تنها در صورت توافق طرفین می‌تواند اتخاذ کند... دیوان موظف به اعمال اصول منصفانه به عنوان بخشی از حقوق بین‌الملل و نیز برقراری ملاحظیات مرتبط مختلفی است که برای ایجاد یک نتیجه منصفانه مورد توجه می‌باشد (میر عباسی و باقرزاده، ۱۳۸۹: ۳۴۸).

«انصاف» در مفهوم دیگری همچنین به معنای تکنیکی این واژه به کار رفته است. در این معنا «انصاف» به معنی بخش ویژه‌ای از سیستم حقوقی انگلستان است که ایجاد شده، توسعه داده شده و اداره شده به وسیله دادگاه «انصاف» است.<sup>۲</sup>

#### 1 Court of Chancery

۲. نقش مهم دادگاه‌های «انصاف» در رابطه با کاهش سختی‌ها به وسیله ارائه راه‌های جبران خسارتی بود که در قانون برای خواهان قابل دسترس نبودند و در عین حال از منظر عدالت مناسب برای خواهان به شمار می‌رفتند. بنابراین یک



### بند دوم: اعمال «انصاف» در داوری

به طور کلی داوران همانند قضات متعهد به حل و فصل کردن اختلاف بر مبنای قانون ماهوی قابل اعمال نسبت به اختلاف هستند. قانون قابل اعمال یا همان قانون قابل اجرا اشاره به اتخاذ تصمیم مطابق مسیری دارد که قانون قابل اعمال نسبت داوری، آن مسیر را ترسیم نموده است. این مسیر شامل نظم عمومی به عنوان یک کل از یک طرف و شامل اجزاء منحصر به فرد نظم عمومی از طرف دیگر با توجه به موضوع خاص مربوطه نیز می‌شود.

۲۲۳

به طور کلی آراء مستند به یک قانون ماهوی قابل اعمال در مقایسه با آراء مستند به «انصاف» یا سایر عناوین مشابه، مشکل کمتری را در اجرا ایجاد می‌نماید. در حقیقت حتی در فرضی که قانون محل داوری نیز اجازه اداره قرارداد بر مبنای «انصاف» را به داوران می‌دهد، به شدت چنین اعمالی را در درون قواعد ماهوی قابل اعمال، در درجه اول قواعد محافظت از مصرف کننده، محدود می‌سازد (Bělohávek et al, 2013: 48)، زیرا به عنوان یکی از مصادیق نظم عمومی، استاندارد محافظتی در نظر گرفته شده برای مصرف کننده از طریق قانون ماهوی در هر روشی که برای حل و فصل کردن اختلاف برگزیده شود نمی‌تواند محدود شود (Hobér et al, 2010: 81).



داوری بر مبنای  
«انصاف»،  
«میانجیگری  
دوستانه» و  
«حقوق بازرگانی  
فراملی»

شخص تنها زمانی می‌توانست به دادگاه «انصاف» مراجعه نماید که راه‌های جبران خسارت موجود در قانون در حقوق انگلستان ناکافی بودند.

۱. ظاهراً از این جهت است که یکی از دلایل ابطال رأی داوری در بند ۱ ماده ۴۸۹ از قانون آیین دادرسی مدنی ایران در فرضی در نظر گرفته شده که رأی داوری بر خلاف قوانین موجد حق باشد.
۲. لازم است به این نکته اشاره کنیم که در سال ۲۰۰۰ و ۲۰۰۲، کمیته موسسه حقوق بین الملل در داوری تجاری بین‌المللی (International Law Association Committee on International Commercial Arbitration) یک گزارش و تصمیم را در مورد نظم عمومی به عنوان یک مسیر برای اجرای احکام داوری خارجی منتشر نمود. گزارش‌های ارائه شده شامل راهنمایی برای طبقه‌بندی عناوین نظم عمومی در دو دسته ماهوی و شکلی بودند. مطابق این گزارش عناوین مرتبط با نظم عمومی شکلی از جمله شامل تقلب در ترکیب (اعضاء) داوری، نقض عدالت طبیعی (natura justice)، فقدان بی طرفی، عدم مدلل بودن حکم، آشکارا نادیده گرفتن قانون، به طور واضح نادیده گرفتن حقایق و بی اعتباری مکان (برگزاری) داوری، عنوان شدند. عناوین ماهوی مرتبط نیز از جمله شامل قواعد امری، اصول اساسی قانون، اعمال مخالف با ملاحظات اخلاقی و منافع ملی و روابط خارجی و ... در نظر گرفته شدند.

قاعده کلی در اداره اختلافات توسط داوران، صدور حکم بر مبنای قانون محل داوری است و داور نمی‌تواند حتی در فرض اداره اختلاف بر مبنای «انصاف»، قوانین امری مکان داوری را در نظر نگیرد، زیرا بر مبنای یک اصل کلی داور باید هر تلاشی را بر حصول اطمینان از اینکه حکم داوری در آینده قابلیت اجرا را دارد، به عمل آورد. علاوه بر این در نظم عمومی بین‌المللی، یا نظم عمومی فراملی، داور باید نظم عمومی دولتی را که داوری در آن برگزار می‌شود و همچنین نظم عمومی مکان اجرای داوری را نیز مد نظر قرار دهد (Maniruzzaman, 1999: 4-5). از این جهت داور نباید نظم عمومی دولت‌هایی که با قرارداد مرتبط هستند را نادیده بگیرد.

۲۲۴

داوران در اتخاذ تصمیم بر مبنای «انصاف»، در کنار اتخاذ تصمیم بر مبنای هنجارهای امری قانون حاکم، در مقایسه با دادگاه‌های ملی به نحو مستقلى عمل می‌کنند زیرا قانون مکان داوری یا همان آیین داوری (غالباً) اجازه اتخاذ تصمیم بر مبنای اصول «انصاف» را به محاکم داوری می‌دهند و یا اینکه به داوران اجازه ارزیابی اختلاف و عمل در جریان رسیدگی را همانند یک «میانجیگری مهربان»<sup>۱</sup> می‌دهند.

قدرت اتخاذ تصمیم بر مبنای «انصاف» می‌تواند به طور مستقیم بوسیله طرفین به داوران از طریق بند موجود در موافقت نامه داوری یا طبق توافق حاصل شده به وسیله طرفین اختلاف در جریان داوری و قبل از صدور حکم توسط داور واگذار شود. البته این امکان نیز وجود دارد که به داوران امکان اتخاذ تصمیم بر مبنای اصول «انصاف» به طور شفاهی<sup>۲</sup> نیز داده شود، اما این مقوله باید به طور صریح یعنی از طریق شنیدن از دهان طرفین صورت گیرد. چنین دستور کلامی، در فرضی که در همان لحظه اظهارات شفاهی ثبت شوند، به طور مکتوب تلقی می‌شود.

در مقابل نیاز به وجود مجوز صریح مطابق برخی از قوانین ملی برای داوری در رابطه با اعمال «انصاف» نسبت به داوری که به عنوان یک قاعده کلی شناخته شده است، در برخی از کشورها نیز اختیار ضمنی داوران در اداره اختلاف بر مبنای «انصاف» به رسمیت

پژوهش‌های  
روابط بین‌الملل

فصلنامه

پژوهش‌های

روابط بین‌الملل،

دوره نهم، شماره

دوم، شماره پیاپی

سی و دوم

تابستان ۱۳۹۸

1LexArbitri

2Principles of Equity (ex aequo et bono)

3Amiable Compositeur

4Verbally

شناخته شده است (مانند سوئیس، هلند و ...). در این موارد مسئولیت داوران در متقاعد کردن خودشان نسبت به اعمال قانون، «انصاف» یا «میانجیگری مهربان» مطابق قصد طرفین و در راستای احراز اختیار کافی در این زمینه افزایش میابد و این به این علت است که داوران می‌دانند عدم وجود چنین اختیاری می‌تواند منجر به ابطال رأی داوری صادر شده به وسیله آن‌ها شود ((Bělohávek et al, 2013: 26- 27)). بنابراین چنانچه داور بدون توجه به قصد ضمنی طرفین، «انصاف» را به عنوان قانون حاکم بر داوری انتخاب نماید این امکان وجود دارد که چنین رأیی با حکم یک دادگاه ملی به دلیل عدم اختیار داور در صدور رأی بر مبنای «انصاف» باطل شود و تمام تلاش‌های صورت گرفته توسط داور یا داوران برای حل اختلاف بین طرفین را فاقد اثر سازد.

با این وجود باید اذعان نمود که در برخی از موارد احراز قصد ضمنی طرفین اختلاف در رابطه با ایجاد اطمینان از تحقق اراده آن‌ها در انتخاب «انصاف» به عنوان قانون حاکم بر داوری دشوار است.

#### گفتار دوم: «میانجیگری دوستانه»<sup>۱</sup>

یکی از مفاهیمی که ارتباط نزدیکی با مفهوم رسیدگی بر مبنای «انصاف» دارد، رسیدگی داوران بر مبنای اختیار تفویض شده به او بر مبنای «میانجیگری دوستانه» است.

«میانجیگری دوستانه» یکی از مفاهیمی است که هر بازرگانی آنرا شنیده است اما احتمالاً تعداد کمی بتوانند آنرا تعریف نمایند. بسیاری از واژگان برای نشان دادن این مفهوم تحت سیستم‌های مختلف حقوقی استفاده شده است.<sup>۲</sup>

به طور ظاهری کلمات «دوستانه»<sup>۳</sup> و «میانجیگری»<sup>۴</sup> نشان دهنده یک روند حل و فصل کردن اختلافات به طور دوستانه است (Hilgard and Bruder, 2014: 51). در حقیقت هم بستگی واژه «میانجیگری دوستانه» در راستای نشان دادن توافقی بین دو شخص نسبت به حل و فصل کردن اختلافشان به نحو دوستانه در راستای حفظ منافع قراردادی‌شان

1 Amiable Composition

2 Amiable Composition or Acompositeur, Billigkeit, Honourable Engagement, ex ae'quo et bono, Equity Principles, Exaequo et bono or Amiable Aompositeur ....

3 Amiable

4 Composition

است. به طور کلی قدرت اعطاء شده به داوران بر مبنای عنوان «میانجیگری دوستانه» به داوران این اجازه را می‌دهد که از اعمال مطلق قواعد حقوقی رها شوند (Lew, 2013: 70). در فرانسه در جایی که ریشه نهاد «میانجیگری دوستانه» در آنجا قرار دارد، در حال حاضر این اعتقاد وجود دارد که شخصی که به عنوان میانجی گر دوستانه انتخاب شده نه تنها مجاز به نادیده گرفتن قانون است بلکه میانجی گر دوستانه نمی‌تواند بدون توجیه منصفانه بودن تصمیمش، مطابق قانون حکم صادر نماید (Derains and A. Schwartz, 2005: 246). بنابراین ظاهراً هدف از میانجیگری دوستانه، آزادی داور از اعمال قانون در زمان اتخاذ تصمیمش است (Ronald Fitch, 1989: 125). در پرونده‌های که داور به عنوان میانجی گر دوستانه نقش آفرینی می‌کند، مرجع داور می‌تواند استدلال و برهان‌آوری خود را محدود به اعمال مطلق قانون یا عبارات قراردادی طرفین نماید بلکه می‌بایستی «انصاف» را مدنظر قرار دهد (Mistelis, 2010: 886).

موارد مورد نظر در این زمینه می‌تواند به طور مثال شامل اصلاح تاریخ پرداخت به سبب خاتمه پروژه‌های ساخت و ساز، تغییر قیمت به سبب تغییر قابل توجه در تعادل اقتصادی بین طرفین، رعایت تناسب در رابطه با وجه التزام (et al, 2010: 10) و ... می‌تواند باشد. در رابطه با امکان تصمیم‌گیری بر مبنای میانجی‌گری دوستانه، مرجع داور می‌باید در ابتدا این اطمینان برایش حاصل شود که طرفین اختلاف به محکمه قدرت انجام چنین عملی را داده‌اند. اظهار قصد طرفین در این زمینه باید روشن و بدون ابهام باشد (DelvolvéRouche et al, 2009: 150). نکته دیگری که برخی از اساتید درباره امکان اعمال «میانجیگری دوستانه» به آن اشاره کرده‌اند این است که داور

#### 1 Adjustment

۲. وجه التزام یا همان شرط خسارت (liquidated damage)

۳. بنابراین عمل کردن داوران به عنوان یک «میانجیگر مهربان» منوط به دادن چنین اختیاری به داوران است. ماده ۳، ۱۷ از قواعد داورى اتاق بین‌المللی بازرگانی به این مقوله اشاره کرده است و عنوان می‌دارد: «محکمه داورى باید فرض شود که دارای قدرت یک میانجی گر مهربان یا اتخاذ تصمیم بر مبنای عدالت و «انصاف»<sup>1</sup> در فرضی است که طرفین بر دادن چنین اختیاری توافق نموده باشند». علاوه بر این، قانون نمونه آنسیترال مصوب ۱۹۸۵ در ماده (۳) ۲۸ خود عنوان می‌دارد: محکمه داورى باید بر مبنای عدالت و «انصاف» یا به عنوان یک «میانجیگر مهربان»، در صورتی که طرفین صراحتاً اختیار انجام چنین امری را به محکمه داورى داده باشند، عمل نماید.

باید از این امر اطمینان حاصل نماید که قانون قابل اعمال نسبت به آیین داورى، چنین رسیدگی را اجازه می‌دهد (D. Caron and Lee M, 2013: 120). البته لازم به ذکر است قوانین داورى برخی از کشورها این مقوله را در نظر گرفته‌اند که داور می‌تواند به طور کلی (مانند یک «میانجیگر مهربان») بر مبنای «انصاف» اتخاذ تصمیم نماید، مگر اینکه صراحتاً طرفین داورى توافق نموده باشند که داوران می‌بایستی بر مبنای قانون تصمیم‌گیری نمایند.<sup>۲</sup>

بند اول: تفاوت «میانجیگری دوستانه» با رسیدگی بر مبنای «انصاف»

۲۲۷

با وجود نزدیکی ظاهری ایده رسیدگی داور به عنوان یک «میانجیگر مهربان» با روش رسیدگی بر مبنای «انصاف» و اعتقاد برخی از نویسندگان مبنی بر اینکه تفاوتی بین عبارات «انصاف» و «میانجیگر مهربان» وجود ندارد (Riegler et al, 2007: 415). گروهی از محققان اعتقاد به جدایی این دو مفهوم از یکدیگر دارند. یکی از مخالفین وحدت این دو مفهوم روبینو سامارتانو<sup>۳</sup> است. سامارتانو با اشاره به مفهوم معناساختی و ریشه مفهوم «میانجیگر مهربان» بر این اعتقاد است که حل و فصل کردن اختلافات در جایی که در آن طرفین یک شخص خاص (داور) را نسبت به عمل کردن به عنوان یک «میانجیگر مهربان» قدرتمند می‌سازند، در واقع اتخاذ تصمیم در مفهوم دقیق و مطلق خود صورت نمی‌پذیرد بلکه کل فرآیند داورى شخصیت تخصصی<sup>۴</sup> یا همان ترافعی خود را از دست می‌دهد و به نوعی رسیدگی شباهت به حل و فصل کردن اختلاف<sup>۵</sup> دارد. واژه میانجیگر<sup>۶</sup> از کلمه composition مشتق شده که هنوز در بسیاری از زبان‌ها به معنی موافق بودن یا حل و فصل کردن<sup>۷</sup> بجای تصمیم گرفتن<sup>۸</sup> است. یک داور عمل کننده به عنوان یک «میانجیگر مهربان»، بنابراین به عنوان نماینده‌ای تلقی می‌شود که مجاز به حل و فصل کردن اختلاف است (J. Bělohávek, 2013:30). داورى به عنوان «میانجیگری دوستانه» تکنیکی است



داورى بر مبنای  
«انصاف»،  
«میانجیگری  
دوستانه» و  
«حقوق بازرگانی  
فرااملی»

#### 1 Arbitral Procedure

۲. ماده ۳ از قانون داورى اکوادور و ماده ۲۳۵ از قانون قضایی شیلی نمونه ای ای از این قوانین هستند.

3 Mauro Rubino-Sammartano

4 Adversary Character

5 Sort of Quasi-Settlement Proceeding

6 Compositeur

7 Agree

8 Settle

9 Decide

که سعی می‌کند رقیب قانون باشد: نه اینکه در خدمت قانون باشد. دیوید در این زمینه خاطر نشان می‌کند که میانجیگری دوستانه، جایگزینی برای قانون محسوب می‌شود و داور اختلاف را با استفاده از یک معیار فرا قانونی حل می‌کند. امتزاج اصطلاحی «میانجیگری دوستانه» با قضاوت بر مبنای «انصاف» این واقعیت را نشان می‌دهد که وظیفه «میانجیگر مهربان» تا حدی ادامه ندارد که به راه حل پرونده بر مبنای قواعد حقوقی قابل اعمال بدون توجه به منشأ آن دست یابد، بلکه این وظیفه تا برقراری مجدد هماهنگی در روابط تجاری ادامه خواهد یافت (Lew, 2013:70). نکته دیگری که باید به آن توجه نمود این است که محکمه داور در عمل به عنوان «میانجیگر مهربان»، به جای اینکه از لحاظ تکنیکی قانون را اعمال نمایند، مجاز به تصمیم‌گیری بر مبنای اصولی است که در نظر داوران عادلانه هستند ... و این در حالی است که بندهای «انصاف»، قصد ندارند که به محکمه دامنه مطلق از اختیار برای هر آنچه داوران می‌خواهند انجام دهند، اعطاء نمایند بلکه این قصد وجود دارد که به مرجع داور انعطاف‌پذیری در راستای اتخاذ تصمیم مطابق مفاهیم عدالت و «انصاف» اعطاء نماید (Blake et al, 2016: 484). به این تفاوت در رأی صادر شده توسط دادگاه ایتالیایی در پرونده Calaresu بر علیه Pintus در ۲۹ آوریل ۱۹۶۰ اشاره شده است. در این پرونده قاضی دادگاه عنوان می‌دارد:

عبارت «داوران به عنوان میانجیگر مهربان»<sup>۱</sup> اشاره به مفهومی وسیع‌تر از (مفهوم) عمل داوران مطابق «انصاف»<sup>۲</sup> دارد که به وسیله ماده ۸۲۲ قواعد آیین دادرسی (ایتالیا)<sup>۳</sup> در نظر گرفته شده است.

نهادهای بین‌المللی درگیر در داور نیز از مشکل مربوط به تعریف واژه‌های «میانجیگر مهربان» و قاعده «انصاف» آگاه بوده‌اند و از این جهت یک کارگروه در سال ۲۰۰۵ راه اندازی شد که اولاً ویژگی‌های مبنایی مفاهیم فوق را بررسی نماید و ثانیاً نقش اتخاذ

1 Rival the Law

2 Extera-Legal Criteria

3 Arbitrators Amiables Compositeurs

4 Aequitas

5 Article 822 - Rules for the Deliberation [of the Award]:

«The arbitrators shall decide their award according to the rules of law unless the parties have, through any expression whatsoever, authorized them to settle the dispute ex aequo et bono».

6 Ex aequo et bono

تصمیم داوران بر مبنای اصول «انصاف» خواه در رابطه با موضوعات مربوط به صلاحیت، آیین‌های رسیدگی یا موضوعات مربوط به ارزیابی استحقاق‌ها (ی داور) را مورد مطالعه قرار دهند. (J. Bělohávek, 2013: 32).

بنابراین آنچه مسلم است هر چند در برخی از مقالات به وحدت مفاهیم مربوط به داوری بر مبنای «میانجیگری دوستانه» با مفهوم داوری بر مبنای «انصاف» اشاره شده است، اما تفاوت‌های میان این دو مفهوم وجود دارد.

۲۲۹

بند دوم: «لکس مرکاتوریا» و «میانجیگری دوستانه»

در «میانجیگری دوستانه» داور با استفاده از یک معیار فرا قانونی اختلاف بین طرفین را در راستای اصلاح روابط تجاری آن‌ها حل و فصل می‌کند و این در حالی است که در «لکس مرکاتوریا» داور سعی در صدور رأی بر مبنای هنجارهای پذیرفته جامعه بازرگانی بین‌المللی دارد. بنابراین به نظر می‌رسد «میانجیگری دوستانه» اشاره به یک ساختار در داوری دارد در حالی که «لکس مرکاتوریا» بدنه‌ای از قواعدی است که ممکن است در هر داوری اعمال شود (Jemielniak, 2016: 184). از این جهت یکی از تفاوت‌های داوری بر مبنای «لکس مرکاتوریا» با داوری بر مبنای «میانجیگری دوستانه» این است که داور در صدور رأی بر مبنای «لکس مرکاتوریا» ملزم به صدور رأی بر مبنای مجموعه قواعدی می‌شود که برای روابط بازرگانی فراملی به وسیله جامعه بازرگانی بین‌المللی طراحی شده‌اند و اصول و قواعد آن می‌تواند همان قواعد و اصول کلی پذیرفته شده در جامعه بازرگانی بین‌المللی باشد و از این جهت داور در صدور رأی بر مبنای «لکس مرکاتوریا» مکلف است که قواعد و اصول «لکس مرکاتوریا» را همانند یک مهندس اجتماعی نسبت به اختلاف مطروحه اعمال و بر مبنای آن اتخاذ تصمیم نماید و این در حالی است که در صدور رأی به عنوان «میانجیگر مهربان»، داور اقدام به حل و فصل کردن اختلاف به نحو دوستانه در راستای حفظ منافع قراردادی طرفین بدون توجه به اصول یا قواعد حقوقی هر سیستم حقوقی می‌نماید و از این جهت احتیاجی به انجام مطالعات تطبیقی در جهت شناختن اصول کلی کشورهای مرتبط با موضوع اختلاف یا آگاهی به قواعد و اصول کلی جامعه بازرگانی بین‌المللی ندارد.



داوری بر مبنای  
«انصاف»،  
«میانجیگری  
دوستانه» و  
«حقوق بازرگانی  
فراملی»

در برخی از موارد اعمال لکس مرکاتوریا در جهت پر کردن خلأهای قوانین ملی حاکم بر قرارداد صورت می‌گیرد و این در حالی است که در اعمال میانجیگری دوستانه، داور درصدد پر کردن شکاف‌های موجود در قوانین مرتبط با موضوع اختلاف نیست بلکه اعمال داورى میانجیگرانه به معنای روش متفاوتی است که می‌بایستی جدای از قانون یا هر مکانیسم دیگری تلقی شود. از این جهت لرد ماستیل<sup>1</sup> عنوان می‌دارد که مفهوم «میانجیگری دوستانه» به معنای مکلف نبودن داور نسبت به اعمال هر سیستم قانونی است (Greenberg et al, 2011: 140-141)

بنابراین در اعمال رأی بر مبنای «لکس مرکاتوریا» داور آزادی بدون قید و شرط در نادیده گرفتن رویه جامعه بازرگانی بین‌المللی و اصول و قواعد کلی حاکم بر جامعه تجاری بین‌المللی که هنجارهای مشترک سیستم‌های حقوقی در آن نقش آفرین هستند ندارد و این در حالی است که داور در صدور رأی به عنوان «میانجیگر مهربان»، می‌بایستی مفهوم تجاری مشترک (بین طرفین) را اعمال کند و با ملاحظه خصوصیات روابط بین طرفین، تصمیمش را مبتنی بر آنچه منصفانه و معقول ارزیابی می‌کند، استوار می‌سازد (Greenberg et al, 2011: 141). بنابراین همانطوریکه لاون فلد<sup>2</sup> عنوان می‌دارد: مهم است که تأکید کنیم که لکس مرکاتوریا، «میانجیگری دوستانه» نیست (Schultz, 2013: 106).

#### گفتار سوم: «انصاف» و «لکس مرکاتوریا»

همانطوریکه که در مقدمه مقاله نیز به آن اشاره شد درباره تفاوت بین صدور رأی بر مبنای «لکس مرکاتوریا» با صدور رأی بر مبنای «انصاف» استدلال واحدی وجود ندارد به نحوی که برخی بر این اعتقادند که داورى بر مبنای «انصاف» به داوران اختیار ضمنی در اعمال «لکس مرکاتوریا» را نیز می‌دهند و در مقابل این اعتقاد نیز وجود دارد که اعمال «لکس مرکاتوریا» در معنای دقیق به معنای اعمال «انصاف» نیست، زیرا ممکن است که اعمال «لکس مرکاتوریا» منتج به نتایجی شود که با اعمال «انصاف» متفاوت باشد.

1 Lord Mustill

2 Andreas F. Lowenfeld



بند اول: «لکس مرکاتوریا»

تعریف واحدی از «لکس مرکاتوریا» بیان نشده است. بر مبنای نظر پروفیسور گایلارد در زمانی که اختلافی بر مبنای «لکس مرکاتوریا» تصمیم‌گیری می‌شود داوران باید در یک تجزیه و تحلیل تطبیقی اکثر قوانین مربوط به موضوع اختلاف را در راستای حل و فصل کردن اختلاف بررسی نمایند و از این جهت داوران باید راه حلی را که به طور گسترده پذیرفته شده اعمال نمایند. پروفیسور گلدمن یکی از مدافعان قوی «لکس مرکاتوریا» مفهومی مضیقی از «لکس مرکاتوریا» ارائه می‌دهد. پروفیسور گلدمن «لکس مرکاتوریا» را به عنوان مجموعه‌ای از اصول کلی و قواعد عرفی به طور خودجوش ارجاع داده شده یا گسترش یافته در چارچوب تجارت بین‌الملل، بدون ارجاع به یک نظام حقوقی مشخص تعریف می‌کند (Maniruzzaman, 1999: 688). گلدمن قوانین دولتی را استثنا می‌کند و حقوق بازرگانی فراملی را ترکیب شده از قوانین ویژه‌ای می‌داند که فراملیتی هستند و ماهیت خودجوش عرفی دارند. گلدمن همچنین ماهیت قراردادی «لکس مرکاتوریا» را رد می‌کند و نمی‌پذیرد که معنای «لکس مرکاتوریا» آزادای قراردادی اشخاص باشد، بلکه معتقد است قواعد «لکس مرکاتوریا» تحت قواعد کلی و انتزاعی قرار دارند (Zendin, 2014: 160).

صرفنظر از تعدد تعاریف مربوط به «لکس مرکاتوریا»، به طور کلی می‌توان «لکس مرکاتوریا» را «یک نظام خودجوش عرفی مبتنی شده بر منابع غیر دولتی جامعه بازرگانی بین‌المللی تلقی نمود که با هدف تسهیل کردن روند انعقاد و اجرای معاملات بازرگانی و در راستای اجتناب از پیچیدگی‌های قوانین ملی، توسط جامعه بازرگانی بین‌المللی برای اداره قراردادهای تجاری بین‌المللی به رسمیت شناخته شد». داور در سیدگی بر مبنای «لکس مرکاتوریا» در واقع اصول و قواعد شناخته شده جامعه بازرگانی بین‌المللی را اعمال می‌نماید.

از این جهت در زمانی که داور «لکس مرکاتوریا» را اعمال می‌کند آزاد نیست که مبنای اتخاذ تصمیمش را صرفاً بر مبنای «انصاف» قرار دهد و یا اینکه خودش ایجاد قانون جدید

۲۳۱



داوری بر مبنای  
«انصاف»،  
«میانجیگری  
دوستانه» و  
«حقوق بازرگانی  
فراملی»

1 Berthold Goldman

نماید، زیرا داوران بین‌المللی نیز به دنبال دستیابی به نتایج در یک چهارچوب حقوقی هستند، هر چند این چهارچوب به نحو گسترده‌تری نسبت به مرزهای هر کشور یا دولتی تعریف شده باشد. البته باید توجه داشت که با توجه به ویژگی خودجوش و در حال تکامل حقوق بازرگانان، داوران در برخی از مواقع به عنوان یک مخترع یا خالق قواعد جدید نیز عمل می‌نمایند (Baddack, 2005: 80).

### بند دوم: تفاوت اعمال «لکس مرکاتوریا» با رسیدگی بر مبنای «انصاف»

در پاسخ به این موضوع باید عنوان داشت در صدور رأی بر مبنای «انصاف» دادگاه الزامی به رعایت مطلق قواعد حقوقی ندارد و می‌تواند با انعطاف بیشتری اتخاذ تصمیم نماید. بنابراین در فرضی که داور با اختیار حاصله از بند داوری بر مبنای «انصاف»، «لکس مرکاتوریا» را به عنوان مناسب‌ترین قانون برای اداره قراردادهای تجاری بین‌المللی تشخیص می‌دهد، در واقع در این موارد هرچند داور «لکس مرکاتوریا» برای اداره قرارداد برگزیده است، با این وجود این انتخاب از این جهت بوده که اختیار در انتخاب منصفانه‌ترین قواعد را داشته و داور «لکس مرکاتوریا» را مناسب‌تر و منصفانه‌تر برای اداره قرارداد تشخیص داده است و از این جهت به نظر می‌رسد داور از حدود اختیارات خود در داوری بر مبنای «انصاف» خارج نشده است. در این فرض در واقع محکمه داوری با توجه به شرایط پرونده، نتیجه آراء صادره بر مبنای قواعد و اصول لکس مرکاتوریا را به عنوان منصفانه‌ترین و عادلانه‌ترین مسیر در رابطه با حل و فصل کردن اختلاف بین طرفین تلقی نموده است.

مبنای استدلال دیگری که در رابطه با امکان اعمال لکس مرکاتوریا، در فرض وجود بند داوری بر مبنای «انصاف» بیان شده، اشاره به هدف و فلسفه وجودی «لکس مرکاتوریا» است. بر مبنای این استدلال، «لکس مرکاتوریا» از ابتدا در واقع مبنایی را برای حل و فصل کردن اختلافات با تأکید اساسی بر اصل «انصاف» بین طرفین ایجاد نمود. هدف بازرگانان سفر از شهری به شهر دیگر در راستای حل و فصل کردن اختلافاتشان بر مبنای رویه بازرگانی آن‌ها بود که آن‌ها را وادار به عمل در مسیرهای مطابق با آداب و رسوم تجاریشان می‌نمود. هدف از اینگونه اتخاذ تصمیم که حاوی بسیاری از عناصر اتخاذ تصمیم بر مبنای «انصاف» بود، استفاده از یک رویه غیر رسمی که هم منجر به صرفه جویی در هزینه و

زمان و هم در نظر گرفتن ملاحظیات منصفانه طرفین با در نظر گرفتن شیوه‌های تجاری آن‌ها به جای اتخاذ تصمیم محض بر مبنای قوانین کشورهای مربوطه (به اختلاف) بود، می‌شد (Bělohávek, 2013: 48). بر مبنای این استدلال، تصمیم‌گیری بر مبنای «انصاف» با توجه به اهمیت آن در تشکیل هنجارهای لکس مرکاتوریا، نقش مهمی در حل و فصل اختلافات با استفاده از لکس مرکاتوریا، بجای اعمال الزامات مطلق حقوقی قوانین ملی دارد.

لازم به ذکر است در زمانی که یک اختلاف بر اساس قواعد داوری تجاری بین‌المللی اداره می‌شود، این قواعد با هدف انتخاب طرفین، یعنی جلوگیری از حکومت قوانین ملی بر قراردادهای می‌بایستی تطابق داشته باشند. نتیجتاً داور در مقام حل و فصل یک اختلاف در عرصه تجارت بین‌الملل، می‌بایستی ویژگی‌های خاص قراردادهای تجاری بین‌المللی را نیز مدنظر داشته باشد.

در مقابل استدلال‌های فوق باید عنوان داشت علی‌رغم وجود برخی شباهت‌ها بین مفهوم «لکس مرکاتوریا» و «انصاف»، این دو مفهوم از یکدیگر متمایزند. بازرگانان «لکس مرکاتوریا» را به عنوان قانون خودشان تلقی می‌کنند و هرچند «لکس مرکاتوریا» را بر مبنای ملاحظیات «انصاف» در نظر گرفته شده باشد، با این وجود بازرگانان به طور کلی بین «انصاف» و «لکس مرکاتوریا» تفاوت می‌گذارند. این مقوله در زمانی که نتیجه اعمال «لکس مرکاتوریا» در مقایسه با «انصاف» در یک موقعیت مشخص متفاوت است، برجسته‌تر می‌شود.

بوجود آمدن نتایج متفاوت در راستای اعمال این دو مفهوم می‌تواند ناشی از این حقیقت باشد که اعمال «لکس مرکاتوریا» از این جهت وسیع‌تر از «انصاف» است که «لکس مرکاتوریا» شامل عناصر متفاوت‌تری نسبت به «انصاف» است و در یک موقعیت مشخص، اعمال «لکس مرکاتوریا» می‌تواند بر اعمال «انصاف» غلبه داشته باشد (Maniruzzaman p 688). در رسیدگی بر مبنای «انصاف» یکی از اصول مهم تصمیم‌گیری این است که داوران ملزم به اجرای هر قاعده یا اصل حقوقی، از جمله «لکس مرکاتوریا» نیستند.

این عدم لزوم مؤید این مطلب است که داور در تصمیم‌گیری بر مبنای «انصاف» به قواعد مطلق یک نظام حقوقی پای بند نیست و می‌تواند بر اساس اصول کلی «انصاف» و

عدالت تصمیم‌گیری نماید و این در حالی است که در صدور رأی بر مبنای «لکس مرکاتوریا» داور مکلف به اعمال اصول و هنجارهای «لکس مرکاتوریا» به عنوان یک نظام سوم حقوقی است. تلقی «لکس مرکاتوریا» به عنوان یک مجموعه از اصول و هنجارهای ایجاد شده به وسیله جامعه بازرگانان، این مطلب را می‌طلبد که داور در هنگام تصمیم‌گیری بر مبنای «لکس مرکاتوریا» تمام اصول و قواعد «لکس مرکاتوریا» را مدنظر قرار دهد و به نتیجه‌ای دست یابد که حاصل اعمال «لکس مرکاتوریا» به عنوان مجموعه‌ای از قواعد و اصول ایجاد شده به وسیله جامعه بازرگانی بین‌المللی است. بنابراین اعمال «لکس مرکاتوریا» نمی‌تواند برابر با اعمال «انصاف» تلقی شود و دامنه اعمال «لکس مرکاتوریا» فراتر از قلمرو اعمال «انصاف»، شامل مهم‌ترین اصول و هنجارهای پذیرفته جامعه بازرگانی بین‌المللی است. اعمال «لکس مرکاتوریا» با اعمال «انصاف» یکی نیست و ممکن است اعمال هر کدام از آنها نتایج متفاوتی را در یک موقعیت مشابه به همراه داشته باشد.

البته با وجود تفاوت‌ها میان اعمال «لکس مرکاتوریا» با اعمال «انصاف»، اذعان به این امر نیز می‌کنیم که «انصاف» یکی از مهم‌ترین و هنجارسازترین اصول «لکس مرکاتوریا» است. دلیل این ادعا مشاهده رویه ساخت تصمیم به وسیله داوران بین‌المللی است. در آراء صادره از سوی داوران بین‌المللی اغلب مشاهده شده است که محاکم دوری بین‌المللی که مجاز به اتخاذ تصمیم بر مبنای عمل منصفانه یا تصمیم کدخدا منشانه هستند، با استفاده از یک تحلیل تطبیقی از سیستم‌های حقوقی مرتبط با پرونده، قانون را به عنوان عقل مکتوب، بجای صرف تمرکز بر آنچه آنها در پرتو شرایط پرونده منصفانه تشخیص می‌دهند، اعمال می‌کنند (Berger, 2010: 81).

بنابراین علی‌رغم وجود تفاوت‌ها در اعمال «لکس مرکاتوریا» در مقایسه با «انصاف»، دوری بر مبنای «انصاف» نقش مهمی در توسعه «لکس مرکاتوریا» دارد. نقش «انصاف» در توسعه «لکس مرکاتوریا» وقتی آشکار تر می‌شود که یاد آوری کنیم یکی از مهم‌ترین منابع «لکس مرکاتوریا» احکام صادره از محاکم دوری تجاری بین‌المللی است. این احکام که بسیاری از آنها نیز می‌تواند بر مبنای «انصاف» صادر شده باشد، یکی از منابع اصیل «لکس مرکاتوریا» محسوب می‌شود. رویه دوری بین‌المللی خصوصاً با توجه به این نکته که این

مراجع حل اختلاف دارای ماهیتی خصوصی بوده و به نام حاکمیت و دولت مقرر عمل نمی‌کنند (جنیدی، ۱۳۹۰: ۴۰)، نقش اساسی در شکل‌گیری و تکامل «لکس مرکاتوریا» دارند. نقش رو به رشد داوری در قراردادهای و اختلافات تجاری بین‌المللی، به عنوان انعکاس دهنده قدرت قضایی ذاتی جامعه بازرگانان بین‌المللی تلقی می‌شود (Barden and Murphy, 2010: 118) و از این جهت حتی تصمیمات اتخاذ شده بر مبنای «انصاف»، به طور ویژه در راستای تکامل سریع تر حقوق تجاری فراملی به عنوان «قانونی در عمل» مناسب هستند.

۲۳۵

یادآوری می‌کنیم که اختیار عمل داوران به عنوان یک میانجیگر مهربان، بسیار بیشتر از اختیار رسیدگی بر مبنای حقوق (داخلی) محض است که داوران را در راستای یک تحلیل تطبیقی کار آمد، با در نظر گرفتن منافع تجاری مشروع طرفین، در جهت دستیابی به راه حلی که از نقطه نظر تجاری عادلانه باشد، تحریک می‌نماید (Berger, 2010:81).

به طور کلی هرچند در مفهوم دقیق کلمه بین مفهوم اعمال «انصاف» با اعمال «لکس مرکاتوریا» تفاوت وجود دارد، با این وجود آرای محاکم داوری بین‌المللی که بر مبنای «انصاف» صادر شده‌اند می‌تواند نقش قابل توجهی در ایجاد و تکامل «لکس مرکاتوریا» ایفاء نموده‌اند زیرا در برخی از آن‌ها «لکس مرکاتوریا» به عنوان مناسب‌ترین گزینه برای اداره اختلاف طرفین در نظر گرفته شده است.

#### بند سوم: نتیجه‌گیری

هر چند مفاهیمی مانند «انصاف»، «میانجیگری دوستانه» و «لکس مرکاتوریا» به طور کلی حکایت از نوعی نیاز به وجود یک راه حل منطبق بر هنجارها و قواعد انعطاف پذیر در راستای اداره اختلافات در جامعه بازرگانی بین‌المللی دارد، با این وجود این مفاهیم در مفهوم دقیق کلمه کاملاً با یک دیگر منطبق نمی‌باشند. «لکس مرکاتوریا» یا همان حقوق بازرگانی فراملی، نهادی است که با توجه به نیاز بازرگانان به اداره اختلافاتشان بر مبنای اصول و قواعد منطبق با نیازهای آن‌ها به وجود آمده و توانست در طول قرن‌های متمادی به حیات خود ادامه دهد و به عنوان مبنایی برای اتخاذ تصمیم داوران در داوری تجاری



بین‌المللی مطرح گردد. داور در اتخاذ تصمیم بر مبنای «لکس مرکاتوریا» کلیه اصول و قواعد «لکس مرکاتوریا» را در راستای اداره اختلاف طرفین در نظر می‌گیرد و با تکیه بر دامنه اختیار وسیع خود، بر مبنای اصول و قواعد «لکس مرکاتوریا» اتخاذ تصمیم می‌نماید. «انصاف» نیز به عنوان یکی از مهم‌ترین اصول «لکس مرکاتوریا» مفهومی انعطاف پذیر تلقی می‌شود که به داوران قدرت اختیار عمل وسیع در انطباق شرایط اختلاف با اصول طبیعی منصفانه و را عادلانه می‌دهد و بدیهی است که «انصاف» نیز در راستای جلوگیری از اعمال قواعد خشک نظام‌های حقوقی ملی نسبت به اختلافات طرفین در نظر گرفته می‌شود. داوری بر مبنای «میانجیگری دوستانه» نیز در راستای رهایی از اعمال محض قواعد حقوقی توسط داوران مورد توجه واقع شد. داور در عمل به عنوان یک میانجی گر مهربان، از اعمال قانون حاکم بر اختلاف در زمان اتخاذ تصمیم آزاد است و می‌تواند نظر خود را به دور از ویژگی ترافیعی اختلاف، در راستای برقراری مجدد هماهنگی در روابط تجاری طرفین و اصلاح روابط تجاری آن‌ها با اختیارات وسیع‌تری از داوری بر مبنای «انصاف» و «لکس مرکاتوریا»، اعلام کند. لازم به ذکر است که علی‌رغم وجود تفاوت میان مفاهیم «انصاف»، «میانجیگری دوستانه» و «لکس مرکاتوریا»، آنچه در رابطه با علت وجود و ترویج این مفاهیم به ذهن متبادر می‌شود این است که نوعی بازگشت به مفاهیم حقوق طبیعی مانند عدالت، «انصاف» و رسیدگی بر مبنای شرایط خاص هر پرونده با توجه به شرایط و مقتضیات موجود در روابط تجاری طرفین در کانون توجه فعالان عرصه تجاری بین‌المللی قرار گرفته شده که این مقوله حکایت از جایگاه ویژه و غیر قابل انکار اصول و موازین عدالت طبیعی در اداره قرار دادهای تجاری بین‌المللی به دور از سیاست‌ها و منافع خاص قانون‌گذاری‌های پیچیده ملی هر کشوری دارد. بنابراین به نظر می‌رسد صرف نظر از وجود تفاوت‌های موجود در میان «انصاف»، «میانجیگری دوستانه» و «لکس مرکاتوریا» حقوق بازرگانی بین‌المللی نیازمند وجود هنجارهایی منبعت از رویه‌های متعارف جامعه بازرگانی و اصول و هنجارهای حقوق طبیعی در راستای اداره کار آمد اختلافات تجاری بین‌المللی است.

منابع

۲۳۶

پژوهش‌های  
روابط بین‌الملل

فصلنامه

پژوهش‌های

روابط بین‌الملل،

دوره نهم، شماره

دوم، شماره پیاپی

سی و دوم

تابستان ۱۳۹۸

جنیدی، لعیاء. (۱۳۹۰). «نظریه حقوق فراملی بازرگانی»، فصلنامه حقوق: مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۴۱، شماره ۱، صص ۱۴۸-۱۲۷.  
کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۰). *فلسفه حقوق*، چاپ دوم، تهران: شرکت سهامی انتشار.  
میرعباسی، سید باقر، باقرزاده، رضوان. (۱۳۸۹). «نقش انصاف در حل و فصل اختلافات بین‌المللی»، فصلنامه حقوق: مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۴۰، صص ۳۶۴-۳۴۵.

۲۳۷

پژوهش‌های حقوقی  
روابط بین‌الملل

داوری بر مبنای  
«انصاف»،  
«میانجیگری  
دوستانه» و  
«حقوق بازرگانی  
فراملی»

- Arsanjani, Mahnoush H, Cogan, Jacob, Sloane, Robert (2010). **Looking to the Future: Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman**, Boston: MartinusNijhoff.
- Baddack, Frank (2005). “ **LexMercatoria: Scope and Application of the Law Merchant in Arbitration**”, LL.M. (International Trade Law), Thesis, Faculty of Law, University of the Western Cape, South Africa.
- Barden, Garrett, Murphy, Tim(2010). **Law and Justice in Community**, New York: OUP Oxford,
- Berger,klaus peter (2010). **The Creeping Codification of the New LexMercatoria**, 2nd Edition, Germany: Kluwer Law International
- Blake, Susan, Browne, Julie, Sime, Stuart (2016). **A Practical Approach to Alternative Dispute Resolution**, UK: Oxford University Press.
- Cao, Deborah (2007). **Translating Law**, UK:Multilingual Matter.
- Cordero-Moss, Giuditta (2014). **International Commercial Contracts: Applicable Sources and Enforceability**, United Kingdom: Cambridge University Press.
- D. Caron, David, Caplan, Lee M (2013). **The UNCITRAL Arbitration Rules: A Commentary**, UK:OUP Oxford.
- Delvolvé, Jean-Louis, Rouche, Jean, H. Pointon, Gerald (2009). **French Arbitration Law and Practice: A Dynamic Civil Law Approach to International Arbitration**, Netherland: Kluwer Law International.
- Derains, Yves, A. Schwartz, Eric (2005). **A Guide to the ICC Rules of Arbitration**, Hauge: Kluwer Law International.
- Fitch, Ronald (1989). **Commercial Arbitration in the Australian Construction Industry**, Australasia: Federation Press.
- Garrett Barden, Tim Murphy (2010). Law and Justice in Community**, OUP, New York: Oxford,
- Glitz,Frederico Eduardo Zenedin (2014). **Globalization of Contract Law: A Brazilian Perspective**, Curitiba: CURITIBA EDIÇÃO DO AUTOR.

- Greenberg, Simon, Kee, Christopher, Weeramantry, J. Romesh (2011). **International Commercial Arbitration: An Asia-Pacific Perspective**, China: Cambridge University Pres.
- Hilgard, Mark, Elisa Bruder, Ana (2014). "Unauthorised Amiable Compositeur? ", **Dispute Resolution International**, Vol 8, No 1, PP 51-62.
- Hobér, Kaj, Magnusson, Annette, Öhrström, Marie, Goddard, Christopher(2010). **Between East and West: Essays in Honour of Ulf Franke**, USA: Juris Publishing, Inc.
- J. Belohlávek, Alexander J (2011). **Rome Convention - Rome I Regulation**, U.S.A: Juris Publishing.
- J. Bělohlávek, Alexander, Cerný, Filip, Rozehnalova, Naděžda (2013). **Czech (& Central European) Yearbook of Arbitration - Borders of Procedural and Substantive Law in Arbitral Proceedings**, U.S.A: Juris Publishing, Inc.
- Jemielniak, Joanna (2016). **Legal Interpretation in International Commercial Arbitration**, New York: Routledge,.
- Lew, Julian (2013). **Contemporary Problems in International Arbitration**, London: Springer Science & Business Media.
- Maniruzzaman, Abul F.M (1999). " The Lex Mercatoria and International Contracts: A Challenge for International Commercial Arbitration? ", **American University International Law Review**, Volume 14, Issue 3, Article 2, PP 657-734.
- Poudret, Jean-François, Besson, Sébastien (2007). **Comparative Law of International Arbitration**, England: Sweet &Maxwel.
- Riegler, Stefan, Petsche, Alexander, Fremuth-Wolf, Alice, Liebscher, Christoph (2007). **Arbitration Law of Austria: Practice and Procedure**, USA: Juris Publishing.
- Sarcevic, Petar (1989). **Essays on International Commercial Arbitration**, London: BRILL.
- Schultz, Thomas(2013). **Transnational Legality: Stateless Law and International Arbitration**, United Kingdom: Oxford University Press.
- T. Holzmann, Richard (1995). **Infringement of the United States Patent Right: A Guide for Executives and Attorneys**, London: Greenwood Publishing Group.