

## بررسی تحلیلی- تطبیقی شرایط اعمال انصاف در داوری‌های تجاری بین‌المللی

فیض‌الله جعفری \*

فاطمه حمیدیان \*\*

شناسه دیجیتال اسناد (DOI) : 10.22066/cilamag.2019.35087

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۰۳/۲۷

تاریخ دریافت: ۱۳۹۵/۰۸/۲۵

### چکیده

امروزه اکثر قوانین ملی و اسناد بین‌المللی ناظر بر داورى، حل‌وفصل کدخدامنشانهٔ اختلاف و بر اساس اصول عدل و انصاف را پیش‌بینی کرده‌اند. این شیوه از رسیدگی، نوعی چشم‌پوشی متقابل طرفین اختلاف از مزایا و منافع اعمال قواعد قانونی است و داوران را مجاز می‌کند تا با نادیده‌گرفتن فنون دقیق و سخت حقوقی، تصمیم‌گیری کنند. درعین‌حال، داوران تنها زمانی مجاز خواهند بود کدخدامنشانه عمل کنند که طرفین اختلاف، صریحاً از آن‌ها چنین امری را خواسته باشند. مقاله پیش رو در صدد است تا ضمن بررسی دقیق شرط توافق طرفین جهت برگزاری داورى منصفانه، ضرورت، قلمرو و حدود آن و محدوده اختیار داوران را در این رابطه و نیز ضمانت اجرای عدم رعایت شرط مزبور را با توجه به قوانین، دکترین حقوقی و آرای داورى تجزیه و تحلیل کند.

### واژگان کلیدی

اصول عدل و انصاف، شرط داورى، انصاف، تجزیه قرارداد، داورى منصفانه، قانون ماهوی قابل اعمال، کدخدامنشانی

\* jafarilaw@yahoo.com

\*\* hamidian.f402@gmail.com

\* نویسنده مسئول، استادیار دانشگاه بوعلی سینا

\*\* کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه تربیت مدرس

## مقدمه

داوری بر مبنای انصاف<sup>۱</sup> و تصمیم‌گیری به‌طور کدخدامنشی<sup>۲</sup>، نوعی از داوری تجاری بین‌المللی است که در آن داوران از اجرای قواعد و معیارهای دقیق قانونی معاف می‌شوند و مجازند تا صرفاً بر اساس انصاف و توسل به دیگر معیارها، موضوع اختلاف را ارزیابی و تصمیم‌گیری کنند. به عبارت واضح‌تر، در این شیوه از حل‌وفصل اختلاف، داوران به‌جای اعمال نظام‌های معمول، ثابت و تصدیق‌شده قانونی تلاش می‌کنند مسئله متنازع‌فیه را مطابق با ملاحظات کلی انصاف و اصول منصفانه فیصله دهند. در رابطه با این شیوه از حل‌وفصل اختلاف باید اظهار کرد:

اولاً: داوری بر مبنای انصاف در اکثر قواعد داوری اعم از قوانین ملی و اسناد بین‌المللی به‌عنوان استثنا پذیرفته شده است نه قاعده (تصمیم‌گیری به‌طور کدخدامنشی یک چهره استثنایی دارد) چرا که داوران اساساً متعهدند مطابق با قانون ماهوی قابل اعمال و معتبر تصمیم‌گیری و رأیشان را مستند به اصول و مبانی حقوقی کنند.<sup>۳</sup> لذا رسیدگی بر اساس انصاف به‌عنوان استثنا بر قاعده، صرفاً بعد از حصول شرایط مندرج در قواعد مربوط به داوری ممکن خواهد بود.

ثانیاً: انصاف<sup>۴</sup> برخلاف مقررات قانونی، مجموعه قواعد از پیش تعیین‌شده‌ای نیست. در واقع، مصادیق این مفهوم از قبل صورت‌بندی و تنظیم نشده است و داوران بدون در نظر گرفتن قواعد کلی و انتزاعی و با تمرکز صرف بر اوضاع‌واحوال محیط، بر هر قضیه مطروحه و واقعیت‌های موجود در هر پرونده، اقدام به رسیدگی و حل اختلاف می‌کنند.<sup>۵</sup> بدین ترتیب، اختیارات داوران کدخدامنش، بیشتر از سایر داورانی است که بر مبنای قانون عمل می‌کنند.<sup>۶</sup> همین ویژگی باعث می‌شود قابلیت پیش‌بینی نتایج رسیدگی در داوری بر مبنای انصاف، نسبت به داوری بر مبنای قانون به نحو قابل توجهی محدود شود و در نتیجه، طرفین اختلاف را از سایر مزایا و منافع ناشی از اعمال قانون محروم کند. در نتیجه، اعمال این نوع داوری با چنین ماهیت خاص، ویژه و در عین حال پیچیده، تنها در صورتی امکان‌پذیر است که شرایط مقرر در قوانین داوری فراهم شود. این شرایط عبارت‌اند از: (۱) اجازه طرفین، (۲) تجویز قانون حاکم.

1. Arbitration in equity

2. Amiable compositeur

۳. جهت مطالعه لزوم توجیه حقوقی رأی داوری و همچنین دلایل استثنایی بودن داوری بر مبنای انصاف، ن.ک: فاطمه حمیدیان؛ نقش انصاف در داوری تجاری بین‌المللی، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشکده حقوق دانشگاه تربیت مدرس، ۱۳۹۴، صص ۸۵-۷۶.

4. Equity

۵. به‌منظور مطالعه دقیق ویژگی‌های انصاف، ن.ک: پیشین، صص ۳۸-۳۱.

۶. البته این امر بدین معنا نیست که داور کدخدامنش محق است تا به‌طور دلخواه و صرفاً مطابق با درک شخصی و ذهنی خود از مفهوم انصاف و بدون هیچ قاعده‌ای عمل کند. در حقیقت، این داوران در هنگام تصمیم‌گیری در ماهیت اختلاف، اختیار تام و نامحدودی ندارند.

همچنین در رابطه با شرایط مذکور، ابهامات و مسائل دیگری نیز مطرح می‌شود. از جمله اینکه:

الف. آیا اجازه صدور حکم بر مبنای اصول انصاف به‌طور خودکار شامل همه موضوعات و جنبه‌های ماهیت اختلاف می‌شود یا اینکه طرفین می‌توانند از طریق تجزیه قرارداد، فقط نسبت به موضوعات معینی از اختلاف، اجازه تصمیم‌گیری بر مبنای انصاف را بدهند و نسبت به موضوعات دیگر، نظام حقوقی خاصی را به‌عنوان قانون قابل اعمال انتخاب کنند؟

ب. نکته دیگری که در این خصوص، نامعلوم جلوه می‌کند این است که با فرض تحقق شرایط برگزاری داوری و تصمیم‌گیری بر مبنای انصاف، آیا داوران کدخدامنش ملزم‌اند تا رأی خود را بر مبنای اصول انصاف صادر کنند؟ یا اینکه رضای طرفین صرفاً شرط لازم است نه کافی، و داوران این اختیار را دارند در صورتی که قواعد و مقررات قانونی را منصفانه‌تر و عادلانه‌تر ببینند، علی‌رغم خواست طرفین، برای رسیدگی و صدور حکم بر مبنای انصاف، رأی خود را بر اصول و معیارهای قانونی استوار کنند؟

ج. چنانچه طرفین اختلاف به هر دلیلی نتوانند قانون ماهوی قابل اعمال بر ماهیت اختلاف را انتخاب کنند، آیا داوران می‌توانند به‌طور مستقیم و بدون اجازه طرفین دعوا، اعمال انصاف کنند و کدخدامنشانه تصمیم بگیرند؟ ضمانت اجرای داوری بر مبنای انصاف، بدون تحقق شرایط مقرر در قوانین و اسناد بین‌المللی مربوط به داوری چیست؟

بدین سبب، در این مقاله تلاش شده است نخست، شرایط برگزاری داوری بر مبنای انصاف بررسی شود و بعد از آشنایی با تشریفات برگزاری داوری منصفانه، به کمک تجزیه و تحلیل و ارزیابی دقیق قواعد داوری، اندیشه‌های حقوقی و نیز آرای داوری تجاری، به ابهامات و مسائل مذکور تا حد ممکن پاسخ داده شود.

در اینجا ذکر دو نکته، خالی از فایده نیست:

نخست اینکه گرچه داور کدخدامنش با انعطاف بیشتری می‌تواند عناصر موضوع اختلاف را بررسی کند و سپس بر اساس انصاف رأی دهد، این امر، داوری مبتنی بر انصاف را به داوری بدون قاعده تبدیل نخواهد کرد. به عبارت واضح‌تر، داور مجاز به اعمال انصاف، نمی‌تواند خودسرانه و صرفاً بر اساس منطق ذهنی و درک شخصی خود از انصاف، تصمیم‌گیری کند، بلکه هنگام تصمیم‌گیری باید اصول، ضوابط و معیارهای دقیقی را مدنظر قرار دهد. یکی از این معیارها که باید داور کدخدامنش در هنگام رسیدگی به آن توجه کند، «عرف‌ها و رویه‌های تجاری» است. مضاف بر این، عرف‌ها و رویه‌های تجاری جزء اصیل‌ترین منابع و عناصر حقوق بازرگانی فراملی نیز هستند. بدین ترتیب، داور کدخدامنش از طریق اعمال ملاحظات منصفانه و

عرف‌ها و رویه‌های تجاری به نحوی به توسعه و رشد حقوق بازرگانی فراملی کمک می‌کند.<sup>۷</sup> نکته دیگر اینکه، واژه‌های «انصاف»، «کدخدامنشی»<sup>۸</sup> و «اصول عدل و انصاف»<sup>۹</sup> اصطلاحات رایجی هستند که بارها در حوزه داوری بر مبنای انصاف در دیوان‌های داوری و طرفین اختلاف در آرا و شروط داوری و همچنین قواعد داوری (اعم از ملی و بین‌المللی) به کار رفته‌اند. علی‌رغم وجود اختلاف‌نظرهای جدی بین صاحب‌نظران در مورد اینکه آیا این اصطلاحات بر شیوه و سازوکار متفاوتی در داوری دوستانه دلالت می‌کنند یا خیر، باید اذعان داشت 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 بر اساس ترجیح زبانی، به یکی از این اصطلاحات متوسل می‌شوند، بدون اینکه در عمل برای آن‌ها تفاوت قابل‌اعتنایی در نظر بگیرند.<sup>۱۰</sup> چنین نگرشی نیز در این مقاله اتخاذ شده است و تمام این اصطلاحات با معانی یکسانی در نوشتار حاضر به کار خواهند رفت.

### ۱. شرایط برگزاری داوری بر مبنای انصاف

امروزه توافق طرفین اختلاف به‌عنوان شرط اولیه جهت تصمیم‌گیری کدخدامنشانه در اکثر قوانین داوری تصدیق شده است. تجویز قانون حاکم نیز در تعدادی از مقررات راجع به داوری پیش‌بینی شده است. بدین ترتیب، در بخش حاضر، نخست چگونگی اجازه طرفین و سپس شرط دوم یعنی تجویز قانون حاکم بررسی خواهد شد.

#### ۱-۱. اجازه طرفین

در داوری مطابق با اصول عدل و انصاف، داور ملزم به رعایت قواعد قانونی نیست و صرفاً بر اساس اصول منصفانه تصمیم‌گیری می‌کند و حتی می‌تواند برخلاف مقررات موضوعه نیز عمل کند. لذا داور باید در درجه اول، از اعتماد طرفین دعوا برخوردار باشد. بر این اساس، رضایت و اجازه طرفین دعوا، اولین شرط ضروری جهت تصمیم‌گیری بر مبنای انصاف است. به بیان دیگر،

۷. جهت مطالعه تفصیلی در خصوص ارتباط داوری بر مبنای انصاف و نهاد حقوق بازرگانی فراملی، ن.ک: مرتضی شهبازی‌نیا، فیض‌الله جعفری و فاطمه حمیدیان؛ «تحلیل مفهومی داوری بر مبنای انصاف و نهادهای مرتبط»، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، دوره ۴۷، شماره ۲، تابستان ۱۳۹۶.

8. Amiable composition

9. Ex aequo et bono

۱۰. جهت مطالعه توضیح تفصیلی این عقیده و دلایل ارائه‌شده، ن.ک: حمیدیان؛ همان، صص ۶۱-۴۲؛ فاطمه حمیدیان، مرتضی شهبازی‌نیا و فیض‌الله جعفری؛ «مطالعه تطبیقی ارتباط مفهومی و کاربردی الفاظ متعدد در داوری‌های دوستانه و کدخدامنشانه»، مجله پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره ۲۱، شماره ۱، بهار ۱۳۹۶.

زمانی داوران اختیار ابتدای رأی بر اصول عدل و انصاف را می‌یابند که طرفین اختلاف به آن‌ها چنین اختیاری را اعطا کرده باشند. رویه داوری بین‌المللی و عموم نویسندگان برجسته و نیز غالب قوانین و اسناد داوری<sup>۱۱</sup> (اعم از ملی و بین‌المللی)، نیاز به اجازه طرفین را تأیید کرده‌اند؛ از جمله بند ۳ ماده ۲۸ قانون نمونه آنسیترال مقرر می‌دارد: «دیوان داوری بر اساس اصول عدل و انصاف یا به‌طور کدخدانمنشی عمل خواهد کرد، صرفاً اگر طرفین صریحاً به دیوان داوری اختیار چنین امری را داده باشند». ماده ۲۱ مقررات داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی (۲۰۱۲) نیز بیان داشته است: «...دیوان داوری زمانی اختیار عمل کدخدانمنشانه یا تصمیم‌گیری بر اساس اصول عدل و انصاف را دارد که طرفین برای دادن چنین اختیاری به آن توافق کرده باشند».<sup>۱۲</sup>

تاریخ اعطای اجازه مزبور از سوی طرفین، عامل تعیین‌کننده‌ای نیست. چنین توافقی می‌تواند قبل از اقامه دعوا یا حتی قبل از بروز اختلاف به‌طور مستقیم در توافقتنامه داوری<sup>۱۳، ۱۴</sup> یا ضمن شرط ارجاع امر به داوری در قرارداد اصلی حاصل شود. برای مثال، در پرونده شرکت آتلانتیک

۱۱. برخی از قواعد داوری، تصمیم‌گیری بر مبنای انصاف را به‌عنوان قاعده در نظر گرفته‌اند و داوری بر مبنای قانون را منوط به اجازه طرفین کرده‌اند. برای مثال، مطابق با قواعد دیوان داوری FIBA (FIBA Arbitration Tribunal: FAT)، داوران باید بر اساس «اصول عدل و انصاف» به‌عنوان قانون قابل اعمال عمل کنند، مگر آنکه طرفین صریحاً به آن‌ها اجازه تصمیم‌گیری بر مبنای قواعد قانونی را بدهند. به همین ترتیب، در طرح قانون یکنواخت کمیته حقوقی کشورهای امریکایی راجع به داوری، داوران مکلف‌اند دعوا را بر اساس انصاف حل‌وفصل کنند مگر اینکه طرفین مبنای دیگری تعیین کرده باشند. همچنین قانون داوری ۱۹۸۸ اسپانیا، به شرط عدم تصریح طرفین مبنی بر اعمال مقررات قانونی، به داوران اجازه تصمیم‌گیری وفق اصول منصفانه را می‌داد. البته در حال حاضر، قانون جدید داوری اسپانیا (۲۰۰۳) در این مورد از قانون نمونه آنسیترال پیروی کرده است. استثنای دیگر در این خصوص، بند ۱ ماده ۵۶ قانون داوری اندونزی است. مطابق این قانون، داوران می‌توانند رأی خود را بر انصاف (fairness) و عدالت (justice) مبتنی کنند بدون اینکه نیاز به اجازه و توافق صریح طرفین داشته باشند. ماده مذکور بیان می‌دارد: «داور یا دیوان داوری، رأی خود را بر مبنای قواعد قانونی مرتبط یا بر مبنای عدالت و انصاف، مبتنی خواهد کرد».

۱۲. بند ۳ ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران نیز مقرر می‌دارد: «داور در صورتی که طرفین صریحاً اجازه داده باشند، می‌تواند بر اساس عدل و انصاف یا به‌صورت کدخدانمنشانه تصمیم بگیرد». به همین ترتیب، بند ۲ ماده ۳۵ قواعد داوری آنسیترال (۲۰۱۰)، بند ۳ ماده ۴۲ کنوانسیون/یکسید، بند ۲ ماده ۱۸۷ حقوق بین‌الملل خصوصی سوئیس (۱۹۸۷) و بند ۲ ماده ۳۳ قانون داوری سوئیس (۲۰۰۶) متضمن مفاد مشابهی هستند. به‌منظور مطالعه سایر قوانین ملی در این رابطه، ن.ک: Steven Finizio, Wendy Miles, *The International Comparative Legal Guide to International Arbitration 2009 (The International Guide Series, Global Legal Group Ltd, 6<sup>th</sup> Edition, 2009).*

### 13. Terms of reference

۱۴. به‌طور مثال، در پرونده شماره ۱۱۹۳۴ در سال ۲۰۰۴ در دیوان داوری ICC طرفین اختلاف در توافقتنامه داوری چنین بیان نموده‌اند: «داوران این اختیار را دارند [تا در اختلاف] به‌طور کدخدانمنشی عمل کنند»؛ یا در پرونده شماره ۱۲۷۷۲ رسیدگی‌شده در دیوان داوری مزبور در سال ۲۰۰۴، طرفین توافق خود را برای اعمال انصاف با این عبارات بیان کردند: «اختلافات [مطروح] از طریق داوری و بر اساس اصول عدل و انصاف بررسی خواهد شد». جهت دیدن اصل پرونده‌های فوق و نیز نمونه‌های دیگر، ن.ک:

Kiffer, Laurence, "Amiable Composition and ICC Arbitration", *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 18, No. 1, 2007, pp. 51-52 and ICC Dispute Resolution Library, at: <http://library.iccwbo.org/dr-awards.htm> (Last visited: 2018/4/16).

تریتون علیه دولت گینه،<sup>۱۵</sup> طرفین در ماده ۱۵ قرارداد خود در ۱۲ اوت ۱۹۸۱ ضمن ارجاع اختلاف به دیوان داورى/یکسید، به داوران اجازه تصمیم‌گیری مطابق اصول عدل و انصاف را دادند. شرط داورى از این قرار بود: «در صورت بروز اختلاف ناشی از تفسیر، اعمال و اجرای این قرارداد، طرفین می‌توانند اختلاف پیش‌آمده را به مرکز بین‌المللی برای حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری بین دولت‌ها و اتباع دول دیگر<sup>۱۶</sup> ارجاع بدهند. اختلاف بر اساس اصول عدل و انصاف، مطابق با مقرره بند ۳ ماده ۴۲ کنوانسیون/یکسید حل و فصل خواهد شد».<sup>۱۷</sup> به همین ترتیب، چنین اجازه‌ای می‌تواند پس از اقامه دعوا و در جریان رسیدگی‌های دیوان، قبل از صدور رأی داور محقق شود.<sup>۱۸</sup> حالت اخیر به‌طور معمول در اختلافات سرمایه‌گذاری بین دولت سرمایه‌پذیر و شرکت‌های تجاری سرمایه‌گذار اتفاق می‌افتد. توضیح آنکه صلاحیت دیوان داورى/یکسید جهت حل اختلاف، ضرورتاً مبتنی بر توافق مستقیم بین طرفین نیست، بلکه چنین صلاحیتی می‌تواند از دو طریق دیگر برای دیوان داورى/یکسید فراهم شود: از طریق معاهدات سرمایه‌گذاری بین دولت میزبان و دولت متبوع سرمایه‌گذار یا از طریق قانونگذاری در دولت میزبان. چنانچه دیوان داورى/یکسید بدین ترتیب (یعنی بدون وجود توافقنامه قبلی بین طرفین) صلاحیت رسیدگی به اختلاف را داشته باشد، هیچ فرصتی برای طرفین اختلاف باقی نمی‌ماند تا بتوانند پیش از شروع روند داورى برای تصمیم‌گیری، مطابق با اصول عدل و انصاف توافق کنند. بنابراین آن‌ها می‌توانند در طول رسیدگی به اختلاف، اختیار اعمال انصاف را به دیوان داورى اعطا کنند.<sup>۱۹</sup> به‌طور مثال، در پرونده *AGIP* علیه دولت کنگو،<sup>۲۰</sup> طرفین اختلاف در پاراگراف دوم از ماده ۱۵ توافقنامه داورى، قانون دولت کنگو را به‌عنوان قانون قابل اعمال تعیین کردند؛ ضمن اینکه آن‌ها از دیوان خواسته بودند تا در صورت نیاز و با هدف پرکردن خلأ در قانون کنگو، اصول

15. *Atlantic Triton Company v. People's Revolutionary Republic of Guinea*, Award of Apr. 21, 1986, At: Reports of Cases decided under the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States. 1965 (ICSID Reports), vol. 3, 1995, A publication of the Research Center for International Law, University of Cambridge, pp. 3-44.

16. ICSID

17. ICSID Reports, vol. 3, 1995, p. 14.

18. Belohlavek Alexander J., "Application of Law in Arbitration, Ex Aequo et Bono and Amiable Compositeur", *CYArb-Czech & Central European Yearbook of Arbitration*, vol. 3, 2013, p. 27; Weinberg, Karyn S., "Equity in International Arbitration: How Fair is Fair- A Study of Lex Mercatoria and Amiable Composition", *Boston University International Law Journal*, vol. 12, 1994, p. 233.

19. Schreuer, Christoph, "Decisions Ex Aequo et Bono under the ICSID Convention", *ICSID Review Foreign Investment Law Journal*, vol. 11, N. 1, p. 42; Begic, Taida, *Applicable Law in International Investment Disputes*, Boom Eleven International, 2005, p. 223; Christoph H. Schreuer, Loretta Malintoppi, August Reinisch and Anthony Sinclair, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, 2<sup>nd</sup> Edition, 2009, p. 633.

20. *AGIP Spa v. the Government of the People's Republic of the Congo*, Award November 30. 1979, Reports of Cases decided under the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States. 1965 (ICSID Reports), vol. 1, 1993, A Publication of the Research Center for International Law, University of Cambridge, pp. 306-329.

حقوق بین‌الملل<sup>۲۱</sup> را نیز در صدور حکم مدنظر قرار دهد. علی‌رغم اینکه در شرط داوری به حل اختلاف بر اساس انصاف اشاره‌ای نشده بود، دولت کنگو پس از شروع رسیدگی‌های دیوان پیشنهاد کرد تا اختلاف بر اساس انصاف و به طریقی دوستانه حل‌وفصل شود. لیکن AGIP این پیشنهاد را نپذیرفت و دیوان داوری صرفاً بر مبنای قانون دولت کنگو به‌عنوان قانون قابل اعمال تصمیم‌گیری کرد.<sup>۲۲</sup>

همچنین در دعوی بن ونوتی و بون فانت علیه کنگو،<sup>۲۳</sup> انتخاب قانون ماهوی از سوی طرفین انجام نشده بود. بنابراین مطابق بند ۱ ماده ۴۲ کنوانسیون/یکسید، قانون دولت کنگو و نیز اصول حقوق بین‌الملل به‌عنوان قانون حاکم بر ماهیت اختلاف در نظر گرفته شد. با وجود این، طرفین در جریان داوری توافق کردند تا دیوان اختیار تصمیم‌گیری بر مبنای اصول عدل و انصاف را داشته باشد. دیوان داوری نیز این توافق را در ۷ ژوئن ۱۹۷۹ ثبت و به آن عمل کرد.<sup>۲۴</sup> اما نکته مهم و اساسی این است که چنین اجازه‌ای باید واضح، قابل فهم و بدون ابهام باشد. به بیانی دیگر، نباید هیچ‌گونه تردید و ابهامی در قصد و رضایت طرفین برای تصمیم‌گیری مطابق با اصول عدل و انصاف وجود داشته باشد.<sup>۲۵</sup> در قوانین<sup>۲۶</sup> و نیز در رویه داوری بین‌المللی، بر اهمیت این موضوع تأکید شده است. برای مثال، در قراردادی که بین دولت ایتالیا (به‌عنوان خواهان) و شرکت تبعه دولت سوریه (به‌عنوان خوانده) منعقد شد، تعیین قانون مناسب در ماهیت اختلافات آتی در دو ماده مجزا پیش‌بینی شد. بند ۶ ماده ۱۹ قرارداد مقرر می‌داشت: «محل

21. Principles of International Law

22. *Ibid.* pp. 307, 318.

23. *Benvenuti and Bonofant v. the Government of the People's Republic of the Congo*, Award of Aug. 15, 1980, ICSID Reports, vol. 1, 1993, pp. 330-367.

این پرونده به توافقنامه سرمایه‌گذاری جهت تولید بطری‌های پلاستیکی و عرضه آب معدنی بین یک شرکت ایتالیایی (بن ونوتی و بون فانت) و دولت میزبان یعنی دولت کنگو مربوط می‌شود. در ضمن توافقنامه، شرکت طرف قرارداد متعهد شد تا منابع مالی قابل توجهی را برای ساخت کارخانه توسط شرکت ایتالیایی دیگر به نام سودیسکا (SODISCA) فراهم کند. لیکن مدتی پس از انجام قرارداد، دولت مزبور از انجام تعهدات مقرر در قرارداد خودداری ورزید و قرارداد فسخ شد. متعاقب آن، شرکت ایتالیایی بن ونوتی و بون فانت جهت جبران خسارات وارده، طبق توافق قبلی در قرارداد (ماده ۱۲ توافقنامه) نزد دیوان داوری/یکسید اقامه دعوا کرد. جهت مطالعه تفصیلی پرونده، ن.ک:

ICSID Reports, vol. 1, 1993, pp. 330-367.

24. *Ibid.* pp. 333, 349.

25. Btaszczak, Lukas and Kolber, Joanna, "General Principles of Law and Equity as a Basis for Decision-Making in Arbitration", *Comparative Law Review*, vol. 15, 2013, p. 193, Belohlavek, Alexander J., *op. cit.*, pp. 27, 39.

۲۶. برای نمونه می‌توان به این مقررات اشاره کرد: بند ۳ ماده ۲۸ قانون نمونه آنسیترال (۱۹۸۵)، بند ۳ ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران (۱۳۷۶)، بند ۲ ماده ۳۳ قانون داوری سوئیس (۲۰۰۶)، بند ۳ ماده ۲۸ مؤسسه داوری امریکا (AAA)، بند ۲ ماده ۳۵ مقررات داوری آنسیترال، و بند ۳ ماده ۱۰۵۱ قانون آیین دادرسی آلمان (ZPO). همه این مقررات، علاوه بر تصریح عنصر توافق طرفین جهت اعمال انصاف توسط داوران، صریح و واضح بودن چنین توافقی را نیز ضروری دانسته‌اند.

داوری در ژنو خواهد بود و مطابق با اصول کلی حقوقی و عدالت، حکم داده خواهد شد». از طرف دیگر، ماده ۲۵ قرارداد، قانون سوریه را به‌عنوان قانون حاکم تعیین کرده بود. پس از بروز اختلاف، خواهان استدلال کرد که اصول کلی حقوقی و عدالت، به معنای تصمیم‌گیری بر اساس اصول انصاف است. در مقابل، خوانده ادعا می‌کرد که مواد قرارداد متضمن هیچ‌گونه عبارت یا واژه مبنی بر تصمیم‌گیری مطابق با اصول انصاف و به‌طور کدخدامنشی نیست و داوران باید بر اساس مقررات قانونی به اختلاف مطروحه رسیدگی کنند. دیوان داوری ICC پس از بررسی موضوع نتیجه گرفت که نحوه بیان شرط داوری به اندازه‌ای مبهم و غیرواضح است که نمی‌توان اعطای اختیار کدخدامنشی از سوی طرفین به داوران را استنباط کرد. بدین جهت، دیوان داوری پس از رد استدلال هریک از طرفین اختلاف، نتیجه گرفت که اصول عدل و انصاف باید به‌طور هم‌زمان با قانون سوریه اعمال شود. یعنی قانون حاکم بر قرارداد، قانون سوریه است و همچنین شروط مندرج در آن، ضمن در نظر گرفتن اصول انصاف<sup>۲۷</sup> (بند ۶ ماده ۱۹) باید مطابق با قانون سوریه تفسیر و ارزیابی شود.<sup>۲۸</sup>

مضاف بر این، با در نظر گرفتن این امر که قاعده تصمیم‌گیری بر اساس اصول عدل و انصاف، به داوران اجازه می‌دهد تا توجهی به اعمال دقیق قواعد حقوقی نکنند، توافقنامه طرفین نباید به‌طور موسع تفسیر شود. برای مثال، اگر طرفین به داوران اجازه داده باشند تا در تصمیم‌گیری، رویه‌های تجاری و اصول قانونی را نیز مدنظر قرار دهند، نباید به‌عنوان تصمیم‌گیری مطابق با اصول انصاف قلمداد شود؛ چنان‌که دیوان داوری ICC در برخی از آرای خود، ضمن ایراد به اینکه از عبارات مبهم مندرج در شرط داوری ارجاع موضوع اختلاف به کدخدامنشی استنباط نمی‌شود، به‌درستی استدلال کرده است که تصمیم‌گیری بر اساس انصاف، امر استثنایی است، لذا مستلزم اجازه صریح طرفین است. شرط داوری باید چنان واضح باشد که مشخص کند طرفین عامدانه و آگاهانه به داوران اختیار تصمیم‌گیری مطابق با اصول انصاف را اعطا کرده‌اند (یعنی توافق طرفین باید با واضح‌ترین اصطلاحات ممکن بیان شود). بنابراین تفسیر توافقنامه طرفین در این مورد باید مضیق و به‌طور دقیق انجام شود.<sup>۲۹</sup> برای اینکه داوران بتوانند در مورد اختلاف مطروحه بر اساس اصول عدل و انصاف، رسیدگی و تصمیم‌گیری کنند، توافق صریح و روشن طرفین، لازم است.

البته گرچه در برخی قوانین داوری مانند بند ۲ ماده ۱۸۷ حقوق بین‌الملل خصوصی سوئیس

۲۷. «اصولی که از نظام قانونی سوریه ناشی می‌شوند و نیز اصولی که در جریان پرونده‌های داوری بین‌المللی ایجاد شده‌اند».

28. ICC Case No. 3380, 29 November 1980, Sigvard, Jarvin and Yves Derains, *Collection of ICC Arbitral Awards 1974-1985*, Kluwer Law and Taxation Publishers Deventer, Boston, pp. 96-100.

29. Belohlavek, Alexander J., *op. cit.*, p. 40.

(۱۹۸۷)،<sup>۳۰</sup> بند ۳ ماده ۱۰۵۴ هلند<sup>۳۱</sup> (۲۰۱۴) به لزوم صریح بودن چنین اجازه‌ای اشاره نشده و در واقع، توافق ضمنی طرفین اختلاف، تصدیق شده است، داوران باید به قید یا شرطی استناد کنند که برداشت چنین اجازه‌ای از مفاد و فحوای آن بدون شک و تردید باشد. یعنی داوران باید با اطمینان خاطر از داشتن اختیار کدخدامنشی، اقدام به اعمال انصاف در روند تصمیم‌گیری کنند. در غیر این صورت، به تجاوز از حدود اختیارات و وظایف مقرر متهم می‌شوند.<sup>۳۲</sup>

نکته دیگر این است که در قوانین برای توافق مذکور، شکل و قالب خاصی در نظر گرفته نشده است. معمولاً اعطای این اختیار به شکل کتبی است لیکن طرفین می‌توانند در جلسه دادرسی و به صورت شفاهی اختیار تصمیم‌گیری به‌طور کدخدامنشی را نیز به دیوان داوری اعطا کنند.<sup>۳۳</sup>

سرانجام به‌عنوان نکته آخر باید اذعان داشت اشخاص ذی‌نفع در اختلاف، زمانی به اعطای چنین اختیاری به داوران توافق می‌کنند که نسبت به یکدیگر اعتماد متقابل داشته باشند.<sup>۳۴</sup> در حقیقت، شیوه رسیدگی بر اساس اصول انصاف و به‌طور کدخدامنشی برای هر اختلاف یا قراردادی مناسب نیست.<sup>۳۵</sup> اگر طرفین، ارزش‌ها و منافع مشترکی در روابط تجاری و قراردادی‌شان نداشته باشند، حل اختلافات آن‌ها از مجرای داوری بر اساس اصول انصاف و به‌طور کدخدامنشی به نظر غیرممکن می‌رسد. بدین جهت، احتمال بسیار اندکی وجود خواهد داشت تا آن‌ها در این‌گونه موارد برای دادن اختیار اعمال اصول انصاف به دیوان داوری به توافق برسند.<sup>۳۶</sup> بنابراین تنها زمانی این توافق حاصل می‌شود که اختلافات ناشی از روابط طرفین، قابلیت حل‌وفصل در فضای همکاری و نه تقابل را داشته باشد.

۳۰. در بند ۲ ماده ۳۳ قانون داوری بین‌المللی سوئیس (۲۰۰۶) اجازه صریح و روشن طرفین، شرط شده است.

۳۱. ماده ۲۲ قانون داوری ۱۹۸۶ پرتغال (۱۹۸۶) بند ۳ ماده ۴۲ کنوانسیون/یکسید، ماده ۲۱ مقررات اتاق بازرگانی بین‌المللی (۲۰۱۲)، ماده ۴۶ قانون داوری انگلستان (۱۹۹۶)، ماده ۱۵۱۲ آیین دادرسی مدنی فرانسه مربوط به بخش داوری (۲۰۱۱) نیز به لزوم صریح و واضح بودن اجازه طرفین اشاره‌ای نکرده‌اند.

32. Belohlavek, Alexander J., *op. cit.*, p. 27.

33. *Ibid.*, p. 193.

34. Vuillard, Emmanuel and Agenheim, Alexandre, "Why Resort to Amiable Composition", *International Business*, vol. 5, 2008, p. 653.

۳۵. برای مثال، به نظر، شیوه حل‌وفصل اختلاف به‌طور کدخدامنشی در اختلافات ناشی از قراردادهای متضمن جزئیات دقیق مالی مناسب نباشد، چرا که این قراردادهای قالبی از محاسبات دقیق و جزئی امور مالی هستند که در آن‌ها انصاف نقش بسیار کم‌رنگی می‌تواند ایفا کند. لذا از آنجا که توجه به این محاسبات دقیق مالی برای حفظ تعادل قراردادی ضروری است، توصیه نمی‌شود چنین تعادلی به دست انصاف از بین برود. ن.ک:

Edouard, Bertrand, "Under What Circumstances Is It Suitable to Refer Disputes to Amiable Composition?" *International Business Law Journal*, vol. 5, pp. 621, 622.

36. Sampaio Caramelo, António, "Arbitration in Equity and Amiable Composition under Portuguese Law", *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law Online, vol. 25, N. 1, 2005, p. 577.

## ۲-۱. تجویز قانون حاکم

جهت رجوع به داورى بر مبنای انصاف، علاوه بر توافق صریح طرفین، تجویز قانون حاکم نیز شرط شده است؛ یعنی اینکه این نوع داورى باید در قانون قابل اعمال بر داورى نیز شناسایی و تصدیق شود. در غیر این صورت، حتی اگر طرفین، صریحاً اختیار اعمال اصول عدل و انصاف را به داوران اعطا کرده باشند، رأی صادره معتبر نخواهد بود. منتهی این شرط، بیشتر در مقررات قدیمی و نسخه‌های سابق قوانین داورى درج شده است، مانند بند ۲ ماده ۷ کنوانسیون اروپایی راجع به داورى بازرگانی بین‌المللی، معروف به کنوانسیون ژنو ۱۹۶۱، بند ۲ ماده ۳۳ مقررات داورى آنستیرال، نسخه ۱۹۷۶، بند ۲ ماده ۳۰ مقررات داورى مرکز منطقه‌ای داورى تهران و مقررات اتاق بازرگانی بین‌المللی، نسخه ۱۹۵۵ و بند ۲ ماده ۵۴ قواعد مربوط به تسهیلات اضافی /یکسید(۲۰۰۶).<sup>۳۹</sup> اما امروزه به واسطه تحول در داورى، در این زمینه تسهیلات بیشتری برای طرفین اختلاف در نظر گرفته شده و در بیشتر قوانین داورى جدید، قید تجویز قانون حاکم حذف شده است. لیکن شرط توافق صریح طرفین، کماکان در همه مقررات داورى وجود دارد. لازم به ذکر است که حذف قید تجویز قانون حاکم در قوانین جدید داورى متضمن یک فایده عملی برای داوران است. در حقیقت از آنجا که به‌طور دقیق مشخص نشده بود منظور از قانون حاکم بر داورى کدام قانون است (قانون حاکم بر توافقنامه داورى، قانون حاکم بر ماهیت اختلاف، قانون حاکم بر آیین دادرسی داورى یا قانون مقر داورى)، داوران هنگام ارزیابی اعتبار شرط داورى به طریق دوستانه دچار تردید در رجوع به قانون می‌شدند.<sup>۴۰</sup> بنابراین این سردرگمی و تعارض، با برداشتن این شرط برطرف شد. از سوی دیگر، نظر به اینکه اصل بر آزادی اراده و توافق طرفین داورى است، صرف فقدان منع قانونی در این زمینه به معنای جواز توافق طرفین خواهد بود.<sup>۴۱</sup>

<sup>۳۷</sup> بند ۲ ماده ۷ کنوانسیون اروپایی راجع به داورى بازرگانی بین‌المللی (۱۹۶۱): «داوران به‌طور کدخدانمشی رأی خواهند داد، در صورتی که اراده طرفین بر آن باشد و قانون حاکم بر داورى نیز آن را تجویز کند».

<sup>۳۸</sup> بند ۲ ماده ۳۳ مقررات داورى آنستیرال (۱۹۷۶): «دیوان داورى به‌طور کدخدانمشی یا بر اساس اصول عدل و انصاف تصمیم‌گیری خواهد کرد، صرفاً اگر طرفین صریحاً به دیوان داورى چنین امری را اجازه داده باشند و اگر قانون حاکم بر داورى این نوع داورى را تجویز کرده باشد».

<sup>۳۹</sup> بند ۲ ماده ۵۴ قواعد مربوط به تسهیلات اضافی /یکسید: «دیوان داورى بر اساس اصول عدل و انصاف تصمیم می‌گیرد به شرط آنکه طرفین صریحاً به دیوان داورى چنین اختیاری را داده باشند و قانون حاکم بر داورى این امر را تجویز کرده باشد».

<sup>۴۰</sup> البته نظر غالب، این قانون را قانون حاکم بر آیین دادرسی داورى می‌داند (که به‌طور معمول، قانون مقر داورى است). در این باره، ن.ک:

Begic, Taida, *op. cit.*, p. 220.

<sup>۴۱</sup> برخی از نظام‌های حقوقی علی‌رغم اینکه در تنظیم قوانین داورى خود، قانون نمونه آنستیرال را الگو قرار داده‌اند، متضمن هیچ‌گونه مقرره‌ای مبتنی بر تصمیم‌گیری بر اساس اصول عدل و انصاف و به‌طور کدخدانمشی نیستند؛ مانند قانون داورى مالزی، بنگلادش و روسیه. در این رابطه بعضی از نویسندگان معتقدند که وقتی یک نظام حقوقی قانون داورى خود را از قانون

## ۲. امکان یا عدم امکان اعمال انصاف در صورت عدم اجازه طرفین

سؤال مهم دیگری که پرداختن به آن ضروری به نظر می‌رسد این است که آیا داوران می‌توانند مستقیماً و بدون اجازه طرفین دعوا بر اساس اصول عدل و انصاف، تصمیم‌گیری و رأی صادر کنند؟ اگر توافقنامه طرفین، متضمن هیچ‌گونه عبارتی مبنی بر انتخاب قانون نباشد، آیا این امر بر تمایل طرفین به تصمیم‌گیری بر اساس اصول عدل و انصاف دلالت می‌کند؟ مسئله را می‌توان در دو فرض مجزا تحلیل کرد:

### ۱-۲. عدم تعیین صریح یا ضمنی قانون قابل اعمال توسط طرفین

فرض اول این است که طرفین قرارداد به دلایل متعددی<sup>۴۲</sup> به‌طور صریح، موفق نمی‌شوند قانون قابل اعمال بر ماهیت اختلاف را تعیین کنند. داور نیز با بررسی اوضاع و احوال و تجزیه و تحلیل مفاد قرارداد نمی‌تواند قصد ضمنی طرفین را در مورد قانون حاکم احراز کند. دلیل عدم انتخاب قانون حاکم از سوی طرفین، هرچه باشد، داوران را متعهد به تعیین قانون قابل اعمال بر ماهیت اختلاف می‌کند. آیا در چنین وضعیتی داوران می‌توانند به‌جای انتخاب قانون، مستقیماً اصول انصاف را برای حل اختلاف اعمال کنند؟

لازم به توضیح است که در مورد نحوه انتخاب قانون حاکم توسط داوران، نویسندگان معیارها و نظریه‌های متعددی را مطرح کرده‌اند.<sup>۴۳</sup> از میان شیوه‌های ارائه‌شده، دو معیار در قوانین و اسناد

نمونه اقتباس می‌کند لیکن مقرره‌ای نظیر داوری بر مبنای انصاف را حذف می‌کند، به‌خوبی نشان می‌دهد که قانونگذار، امکان ارجاع اختلاف به داوری منصفانه را از طرفین سلب کرده است. به عبارت دیگر، سکوت قانونگذار را، بر ممنوع‌بودن داوری به‌طور کدخدانمشی حمل می‌کنند. با توجه به اینکه از یک سو امروزه در بیشتر قوانین داوری شرط تجویز قانون حاکم برای تصمیم‌گیری بر مبنای انصاف حذف شده است (یعنی داوران تنها با داشتن اجازه صریح از سوی طرفین می‌توانند بر مبنای انصاف تصمیم بگیرند) و از طرف دیگر، این موضوع صرفاً هنگام اجرای رأی کدخدانمشانه در نظام‌های قانونی مذکور می‌تواند حایز اهمیت باشد، بحث تفصیلی در این خصوص باید در مقاله دیگری راجع به اجرای رأی داوری مبتنی بر انصاف طرح شود. **۴۲.** به‌طور مثال، ممکن است به دلیل اصرار هریک از طرفین بر قانون ملی خود، آن‌ها نتوانند در مورد قانون ملی قابل اعمال به توافق برسند یا اینکه طرفین در حین انعقاد قرارداد، بیشتر تمایل به مذاکره در مورد مفاد قرارداد داشته باشند تا اینکه بخواهند در مورد قانون قابل اعمال بر اختلافات آتی بحث کنند و روند مذاکراتشان را به‌هم بزنند.

**۴۳.** از جمله می‌توان به این معیارها اشاره کرد: ۱- اعمال مستقیم مقرره‌های قراردادی خود طرفین دعوا، ۲- اعمال جمعی سیستم‌های حل تعارض مرتبط با دعوا، ۳- اعمال اصول کلی تعارض قوانین، ۴- انتخاب مستقیم قانون یا قواعد حقوقی توسط داوران، ۵- اعمال قاعده حل تعارض مقر داوری یا اعمال قاعده حل تعارضی که داور مناسب تشخیص می‌دهد.

جهت دیدن توضیح مفصل و انتقادهای مربوط به هریک از این شیوه‌ها، ن.ک: فیض‌الله جعفری؛ جایگاه مقر در داوری تجاری بین‌المللی، رساله دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۹؛ و

Chukwumerije, Okezie, "Applicable Substantive Law in International Commercial Arbitration", *Anglo-American Law Review*, vol. 23, 1994, pp. 265-310, At: <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/comllwr23&div=21&id=&page=> (Last visited: 2018/4/16).

بین‌المللی بسیار متداول است. اولین معیار عبارت است از انتخاب قانون حاکم از طریق مراجعه به قواعد حل تعارضی که خود داوران مناسب تشخیص داده‌اند. بند ۲ ماده ۲۷ قانون داورى تجارى بین‌المللى ایران، بند ۱ ماده ۳۰ مقررات مرکز منطقه‌ای داورى تهران، بند ۳ ماده ۴۶ قانون داورى انگلستان (۱۹۶۹) و نیز بند ۳ ماده ۲۸ قانون نمونه آنسیترال از نظریه مزبور پیروی کرده‌اند. در دومین معیار، امکان انتخاب مستقیم قواعد حقوقی بدون نیاز به اعمال اولیه قواعد حل تعارض برای داوران فراهم شده است؛ مانند بند ۱ ماده ۲۱ مقررات اتاق بازرگانی بین‌المللی (۲۰۱۲)، بند ۲ ماده ۳۵ مقررات داورى آنسیترال (۲۰۱۰)، بند ۲ ماده ۱۰۵۴ قانون آیین دادرسی مدنی هلند، بخش مربوط به داورى (۲۰۱۴) و ماده ۱۵۱۱ قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه.

در اولین معیار یعنی انتخاب قانون از طریق اعمال قاعده حل تعارض مناسب، امکان اعمال اصول عدل و انصاف توسط دیوان داورى به‌طور مستقیم، غیر قابل تصور است، چرا که اعمال قاعده حل تعارض، ضرورتاً و مطلقاً منجر به انتخاب و اعمال یک قانون ملی بر اختلاف مطروحه می‌شود. لذا در این حالت، خواه ناخواه، رابطه حقوقی طرفین بر مبنای مقررات موضوعه و قواعد حقوقی ملی، نه ملاحظات منصفانه بررسی خواهد شد.

در معیار دوم، نویسندگان بر این عقیده‌اند که چون قوانین و اسناد بین‌المللی به‌جای اصطلاح متداول «قانون»<sup>۴۴</sup> از واژه «قواعد حقوقی»<sup>۴۵</sup> استفاده کرده‌اند،<sup>۴۶</sup> داوران مجازند تا علاوه بر قانون ملی، قواعد غیردولتی و فراملی را نیز انتخاب کنند. اما باید توجه داشت که این قواعد حقوقی شامل اصول منصفانه نمی‌شود. در واقع، عبارت «قواعد حقوقی» دربرگیرنده معنای موسع‌تری نسبت به واژه «قانون» است و شامل قواعدی نیز می‌شود که خارج از چارچوب نظام‌های قانون ملی و بدون وابستگی به آن‌ها، به‌طور خاص برای تنظیم معاملات تجاری بین‌المللی و حل اختلافات ناشی از این روابط ایجاد شده است. به عبارت واضح‌تر، اصطلاح «قواعد حقوقی» به طرفین یا دیوان داورى اجازه می‌دهد نه تنها قوانین داخلی را انتخاب کنند بلکه این امکان را برای آن‌ها فراهم می‌کند تا مجموعه‌ای از قواعد و دستورالعمل‌هایی را انتخاب کنند که از جانب دولت خاصی تصویب و صادر نشده است.<sup>۴۷</sup> مجموعه قواعد یا اصول غیردولتی مانند اصول قراردادهای

44. Law

45. Rules of Law

۴۶. البته بند ۱ ماده ۳۵ قواعد داورى آنسیترال (۲۰۱۰) از داوران خواسته است در صورت عدم تعیین قانون ماهوی حاکم بر ماهیت اختلاف از سوی طرفین، «قانونی» را که بر اختلاف مناسب می‌دانند انتخاب کنند.

47. Clyed Croft; Cristopher Kee; Jeff Waincymer, *A Guide to the UNCITRAL Arbitration Rules*, Cambridge University Press, 2013, 1<sup>st</sup> Edition, p. 397; Fry, Jason; Greenberg, Simon; Mazza, Francesca; Moss, Benjamin, "The Secretariat's Guide to ICC Arbitration: A Practical Commentary on the 2012 ICC Rules of Arbitration from the Secretariat of the ICC International Court of Arbitration", *International Chamber of Commerce (ICC)*, 2010, pp. 219, 22.

۳۳۱ ❖ بررسی تحلیلی - تطبیقی شرایط اعمال انصاف در داوری‌های تجاری بین‌المللی

تجاری بین‌المللی یونیدرو/،<sup>۴۸</sup> /اینکوترمز،<sup>۴۹</sup> اصول مشترک حقوقی،<sup>۵۰</sup> حقوق بازرگانی فراملی،<sup>۵۱</sup> قواعد و اصول قابل اعمال حقوق بین‌الملل، اصول مندرج در کنوانسیون‌ها و متون قانونی مشابه در سطح بین‌المللی حتی اگر هنوز لازم‌الاجرا نشده باشند (مانند قوانین نمونه که *آنسیترال* ارائه می‌کند)، قوانین یکنواخت، اصول کلی حقوقی،<sup>۵۲</sup> قواعد شرکت‌های تجاری، رویه‌های تصدیق‌شده توسط دیوان‌های داوری و عرف‌ها و کاربردهای تجاری، نمونه‌هایی از این قواعد غیردولتی هستند.<sup>۵۳</sup> چنان‌که مشهود است، اصول عدل و انصاف، ذیل این مجموعه قواعد قرار نمی‌گیرد. به بیانی دیگر، داوری بر مبنای انصاف، با داوری بر مبنای قواعد مذکور اساساً متفاوت است<sup>۵۴</sup> و اگر قرار باشد از تفاوت دقیق آن‌ها با یکدیگر چشم‌پوشی شود و با قدری مسامحه، اعمال اصول منصفانه از چنین قواعدی استنباط شود، پیش‌بینی داوری کدخدانسانه توسط قانونگذاران در بند جداگانه‌ای در قوانین ملی و بین‌المللی بیهوده خواهد بود. به عبارت واضح‌تر، دیوان داوری نمی‌تواند به خودش اختیار کدخدانمشی اعطا کند، حتی وقتی که باید «قواعد حقوقی» حاکم بر ماهیت اختلاف را انتخاب کند، به این دلیل که اعمال اصول عدل و انصاف، درون حوزه قواعد حقوقی قرار نمی‌گیرد.<sup>۵۵</sup>

بنابر مراتب فوق، می‌توان پذیرفت که در صورت عدم انتخاب قانون حاکم از سوی طرفین، اعمال اصول منصفانه به‌طور مستقیم و مستقل توسط داوران و بدون اجازه طرفین اختلاف، تحت هیچ شرایطی ممکن نیست.

## ۲-۲. تعیین قانون قابل اعمال توسط طرفین

فرض دوم این است که طرفین، قانون قابل اعمال بر ماهیت اختلاف را تعیین کرده‌اند اما داوران بر این باورند که اعمال ضوابط و قواعد مندرج در قانون منتخب طرفین، منجر به نتیجه غیرمنصفانه و غیرعادلانه‌ای در روابط طرفین خواهد شد. در این حالت، آیا آن‌ها می‌توانند بدون اجازه صریح طرفین، قواعد قانون قابل اعمال را نادیده بگیرند و تنها بر اساس اصل انصاف و

48. UNIDROIT principles

49. Incoterms

50. Common legal principles

51. *Lex mercatoria*

52. General principles of law

۵۳. خمایی‌زاده، فرهاد؛ «قواعد غیردولتی به‌عنوان قانون حاکم بر قرارداد»، *مجله تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی*، شماره ۴۳، بهار-تابستان ۱۳۸۵، صص ۲۲۴-۲۱۷، شیروی، عبدالحسین؛ *داوری تجاری بین‌المللی*، سمت، ۱۳۹۱، ص ۲۲۳.

۵۴. جهت مشاهده این تفاوت‌ها، ن.ک: حمیدیان؛ همان، صص ۶۸-۶۱؛ شهبازی‌نیا، جعفری و حمیدیان؛ «تحلیل مفهومی داوری بر مبنای انصاف و نهادهای مرتبط»، همان، صص ۲۷۹-۲۷۶.

55. Fry, Jason; Greenberg, Simon; Mazza, Francesca; Moss, Benjamin, *op. cit.*, p. 230.

کدخدامنشانه، موضوع اختلاف را تحلیل کرده و نهایتاً تصمیم‌گیری کنند؟ برخی از حقوق‌دانان، رضایت طرف‌های دعوا را برای چنین اقدامی شرط ندانسته‌اند و معتقدند عدم توافق طرفین در قرارداد، مانع استناد به انصاف نیست.<sup>۵۶</sup> ایشان جهت توجیه اقدام داوران و گریز از این انتقاد که عمل داوران، منطبق با وظیفه محوله نبوده است، به دلایل متعددی متوسل می‌شوند. این دلایل به شرح ذیل هستند:

۱. آن‌ها نظر بر این دارند که استناد و توسل به انصاف در این‌گونه موارد (فرض دوم)، حتی در صورت عدم تجویز صریح طرفین، مکرراً توسط دیوان‌های داوری در دعاوی تجاری بین‌المللی انجام شده است. به عقیده آن‌ها، چنین رویکردی در دو پرونده بسیار مهم در زمینه اختلافات سرمایه‌گذاری خارجی دنبال شده است. نخستین مورد، پرونده /امین /ویل علیه دولت کویت است.<sup>۵۷</sup> در این پرونده در مورد قانون حاکم بر دعوا بین طرفین اختلاف نظر وجود داشت. از یک سو، دولت کویت با توجه به جایگاه و موقعیت حقوقی خود به‌عنوان دولت معتقد بود که قرارداد تابع قوانین دولت کویت است به‌ویژه آنکه به نظر این دولت، قوانین کویت با اصول و موازین حقوق بین‌الملل، همساز و هماهنگ بوده است. از طرف دیگر، شرکت /امین /ویل، قرارداد را تابع پنج اصل کلی حقوقی می‌دانست؛ یعنی اصل وفای به عهد، جبران خسارت، احترام به حقوق مکتسب، منع داراشدن غیرعادلانه و حسن‌نیت. این شرکت بر این باور بود که اصول کلی حقوقی مذکور، بیشترین ارتباط را با روابط تجاری طرفین و مسائل حقوقی مطروحه در پرونده دارد. دیوان داوری در بخش سوم رأی خود به مسئله قانون حاکم پرداخت و نهایتاً نتیجه گرفت که قانون دولت کویت نسبت به بسیاری از موضوعات حاکم است. با وجود این، اصول کلی حقوقی و حقوق بین‌الملل نیز مستقیماً با موضوع مرتبط هستند، چرا که بر اساس رویه دولت کویت در قراردادهای امتیاز با شرکت‌های خارجی، تفسیر و اعمال آن قرارداد، مطابق با اصول مشترک نظام قانونی کویت و دولت متبوع شرکت طرف قرارداد است. از این‌رو حقوق بین‌الملل عمومی که دربرگیرنده اصول کلی حقوقی است،<sup>۵۸</sup> در حقیقت، بخشی از قانون کویت است.<sup>۵۹</sup> علی‌رغم اینکه طرفین دعوا نه در قرارداد و نه در طی جریان رسیدگی، اختیار اعمال اصول عدل و انصاف را به دیوان داوری نداده بودند، هیئت داوری در خصوص نرخ معقول بازگشت سرمایه /امین /ویل، به انصاف متوسل شد و اظهار کرد: «صرف اینکه در موافقت‌نامه داوری مقرر شده است که دیوان

۵۶. علی‌دوستی شهرکی، ناصر؛ «انصاف در حل اختلافات سرمایه‌گذاری خارجی»، *مجله حقوقی و علوم سیاسی*، دوره ۴۰، شماره ۳، پاییز ۱۳۸۹، صص ۲۷۴-۲۷۵.

57. *Government of Kuwait v. American Independent Oil Company (Aminoil)*, Ad hoc Arbitral Tribunal, 24 March, 1982, International Legal Materials, vol. 21, Issue 5, September 1982, pp. 976-1053.

58. Article 38, 1 (c).

59. *Ibid.*, pp. 999, 1000.

۳۳۳ ❖ بررسی تحلیلی - تطبیقی شرایط اعمال انصاف در داوری‌های تجاری بین‌المللی

داوری باید قانون حاکم را معلوم کند، مانع از رجوع به انصاف برای تعیین مبلغ مزبور در جهت منصفانه کردن قرارداد طبق ماده ۹ اصلاحیه ۱۹۶۱<sup>۶۰</sup> نیست زیرا انصاف هم بخشی از قانون است.<sup>۶۱</sup>

دومین پرونده مربوط است به دعوی که شرکت نفت لیبی - آمریکا (لیامکو) علیه دولت لیبی<sup>۶۲</sup> اقامه کرد. در این پرونده، داور منفرد، صبحی محمصانی، پس از تفسیر متن ماده ۲۸ قرارداد (پاراگراف هفتم) فی‌مابین طرفین اختلاف در مورد قانون حاکم اعلام کرد که «مرجع داوری جهت حل اختلاف باید ابتدا اصول مشترک بین حقوق لیبی و حقوق بین‌الملل را اعمال و سپس در صورت نیافتن قاعده لازم، اصول کلی حقوقی را اجرا کند».<sup>۶۳</sup>

بدین ترتیب، محمصانی پس از محاسبه مبلغ غرامت از طریق تعیین خسارت واقعی و ارزش اموال لیامکو، در خصوص خسارت عدم‌النفع ادعایی خواهان بیان داشت: «عدم‌النفع مورد ادعای لیامکو، از موضوعاتی است که هنوز در حقوق بین‌الملل محل بحث و گفتگو است و آنچه مسلم است اینکه در ملی‌کردن‌های مشروع، عدم‌النفع قابل پرداخت نیست».<sup>۶۴</sup> لذا با وجود اینکه طرفین دعوا به اعمال اصل انصاف در قرارداد اشاره‌ای نکرده بودند، داور جهت پیدا کردن مبنای قانونی لازم برای تصمیم‌گیری در این مورد به اصل انصاف به‌عنوان اصل کلی حقوقی مکمل که هم در حقوق لیبی وجود دارد و هم در حقوق بین‌الملل، استناد کرد و به مبلغی به‌عنوان «غرامت منصفانه»<sup>۶۵</sup> به نفع شرکت لیامکو حکم داد.<sup>۶۶</sup>

۲. از نظر طرفداران عقیده عدم نیاز به رضایت طرفین دعوا، داوران به‌ندرت بدون اجازه طرفین اختلاف، بر مبنای انصاف، رسیدگی و تصمیم‌گیری می‌کنند و چنانچه اعمال اصول منصفانه با توجه به ماهیت اختلاف، اجتناب‌ناپذیر باشد، آن‌ها تصمیم و حکم خود را بر مبنایی از

۶۰. ماده ۹ اصلاحیه ۱۹۶۱ اعلام می‌دارد: «اگر در نتیجه تغییر شرایط قراردادهای امتیاز موجود یا در نتیجه شرایط امتیازی که از این پس اعطا می‌شود، منافی برای دولت‌های خاورمیانه فراهم شود، طرفین باید راجع با این موضوع مذاکره کنند که آیا با در نظر گرفتن تمام اوضاع و احوال مرتبط...، تغییر شرایط قرارداد برای طرفین منصفانه است یا خیر؟» (Ibid. p. 1002)

61. Ibid.

62. *Libyan American Oil Company (Liamco) v. The Government of the Libyan Arab Republic*, 12 April, 1977, International Legal Materials, vol. 20, Issue 1, January 1981, pp. 1-87.

۶۳. پاراگراف هفتم این ماده (اصلاحیه ۲۰ ژانویه ۱۹۶۶) مقرر می‌دارد: «این قرارداد مطابق با اصول حقوق لیبی که مشترک با اصول حقوق بین‌الملل است، اعمال و تفسیر می‌شود و در صورت نبود چنین اصول مشترکی، بر اساس اصول کلی حقوقی توسط دیوان داوری اعمال می‌شود». داور منفرد در تفسیر این ماده اظهار کرد: «قانون حاکم بر قرارداد، قانون داخلی لیبی است، لیکن در قرارداد حاضر تصریح شده است که صرفاً آن دسته از اصول حقوقی لیبی که مشترک با اصول حقوق بین‌الملل است، اعمال می‌شود. از این رو، هر بخش از قانون لیبی که مخالف با اصول حقوق بین‌الملل است، استثنای می‌شود». (Ibid. pp. 32,33,35)

64. Ibid., pp. 76, 77.

65. Equitable compensation

66. Ibid., pp. 76, 77, 79.

قانون ماهوی قابل اعمال استوار می‌کنند تا بتوانند خلاً نبودن اجازه طرفین اختلاف را پرکنند. برای مثال، در پرونده وینترشال علیه دولت قطر،<sup>۶۷</sup> گرچه طرفین، اختیار رسیدگی بر اساس اصول عدل و انصاف را به داوران اعطا نکرده بودند، داوران با توسل به ماده ۴۹ قانون مدنی قطر بر مبنای اصول عدل و انصاف، تصمیم‌گیری کردند. این ماده مقرر می‌دارد: «طرفین علاوه بر مقرردها و قیود قراردادی، به کلیه قواعد و الزاماتی متعهدند که از قانون، کاربردهای تجاری و انصاف وابسته به ماهیت تعهد ناشی می‌شود». داوران این ماده قانونی را مبنایی برای تفسیر منصفانه و مناسب تعهدات دولت در نظر گرفتند و بدون در نظر گرفتن این امر که ممکن است اعمال انصاف بدون اجازه طرفین، زمینه ابطال رأی صادره را فراهم کند، تعهدات قراردادی طرف‌های اختلاف را مطابق با ملاحظات منصفانه بررسی و تحلیل کردند.<sup>۶۸</sup>

۳. برخی دیگر از صاحب‌نظران، تصمیم‌گیری کدخدامنشانه را، در صورت نبود توافق صریح طرفین، این‌گونه توجیه می‌کنند: امروزه عمدتاً حل‌وفصل اختلاف، مطابق با اصول عدل و انصاف و کدخدامنشانه در غالب مقررات ملی و اسناد بین‌المللی پذیرفته شده است. اگر طرفین دعوا با توافق یکدیگر این مقررات را به‌عنوان قانون حاکم بر داوری انتخاب کنند و حل اختلاف بر اساس قواعد این مقررات انجام گیرد، ضرورتی در تصریح اعمال انصاف از جانب طرفین نبوده<sup>۶۹</sup> و انتخاب این قواعد، خود بر قصد ضمنی طرفین مبنی بر پذیرش اعمال انصاف و اعطای غیرمستقیم چنین اختیاری به داوران دلالت می‌کند.<sup>۷۰</sup>

صرف‌نظر از دلایل ارائه‌شده، باید اذعان کرد که در هر وضعیتی، توافق و اجازه صریح طرفین برای تصمیم‌گیری، مطابق با اصول عدل و انصاف و به‌طور کدخدامنشی الزامی و ضروری است. در حقیقت، نظر پیش‌گفته خالی از اشکال نیست. توضیح آنکه:

اولاً: در پرونده‌های مورد استناد، داوران تنها به جهت تعدیل نتیجه حاصل از قانون، انصاف را اعمال کرده‌اند که فقط یکی از نقش‌های انصاف است.<sup>۷۱</sup> به عبارت دیگر، هدف آن‌ها از به‌کارگیری اصل انصاف، فقط تعدیل و تلطیف نتایج غیرمنصفانه و غیرعادلانه ناشی از اعمال

67. Ad hoc Arbitral Tribunal: Partial Award and Final Award in the Matter of an Arbitration between Wintershall A.G. et al., and the Government of Qatar (exploration and production sharing agreement), International Legal Materials, vol. 28, Issue 4, July 1989, pp. 795-841.

68. *Ibid.*, p. 823.

لازم به ذکر است که در این پرونده، دیوان داوری، قانون ماهوی قابل اعمال بر اختلاف را قانون «دولت قطر» می‌داند. برای مطالعه بیشتر، ن.ک: *Ibid.* p. 802.

۶۹. علیدوستی شهرکی؛ همان، ص ۲۶۶.

70. Redfern, Aland and Hunter, Martin, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Sweet & Maxwell, 2<sup>nd</sup> Edition, 1991, p. 259.

۷۱. نقش‌های انصاف را سه مورد ذکر کرده‌اند: الف. جرح و تعدیل مقررات موضوعه، ب. تکمیل مقررات موضوعه، ج. فراتر از مقررات موضوعه؛ ن.ک: فاطمه حمیدیان؛ «نقش انصاف در داوری تجاری بین‌المللی»، همان، صص ۳۶-۳۱.

مقررات حقوقی محض یا تکمیل قواعد و مقررات حقوقی بوده است<sup>۷۲</sup> و این با انصاف مورد نظر در داوری بر مبنای انصاف متفاوت است، چرا که داور مجاز به اعمال انصاف، این اختیار را دارد تا قواعد دقیق و انعطاف‌ناپذیر حقوقی را نادیده بگیرد و به‌طور مستقل، فقط بر اساس اصول و موازین منصفانه، مسائل حقوقی و اختلافات ناشی از روابط تجاری طرفین را حل‌وفصل کند (یعنی اعمال انصاف، فراتر از مقررات موضوعه).

ثانیاً: در انصاف تعدیل‌کننده، نتیجه حاصله باید برگرفته از خود مقررات موضوعه باشد و داور، حق ندارد از معیارهای قانونی عدول کند. در غیر این صورت، حتی اگر نتیجه به‌دست‌آمده منصفانه هم باشد، حداقل از حیث طریق رسیدن به آن، برخلاف قاعده عمل شده است و ابطال رأی بسیار محتمل است. به همین دلیل در استفاده از انصاف تعدیل‌کننده، نیازی به رضایت طرفین دعوا وجود ندارد، چنان‌که در پرونده‌های فوق‌الذکر نیز داوران انصاف را بدون توافق طرفین دعوا در نظر گرفتند، اما به این دلیل که در تصمیم‌گیری به‌طور کدخدامنشی و داوری بر مبنای انصاف، هیئت داوران، رأی خود را بر قانون مبتنی نمی‌کنند، اجازه صریح طرفین برای داشتن چنین اختیاری ضروری است.<sup>۷۳</sup>

ثالثاً: بدون تردید، بسیاری از متون قانونی صریحاً در موارد خاص، اجازه رعایت انصاف را به داوران داده‌اند، مانند ماده ۵-۱۲۳۱ قانون مدنی فرانسه که به داوران اجازه داده است به منظور تعدیل اثر شرط وجه التزام مقرر در قرارداد، انصاف را اعمال کند. لیکن در این حالت، تصمیم داور برگرفته از خود مواد قانونی است و رأی صادره بر اساس مبنای قانونی توجیه می‌شود. لذا اگر هیئت داوران پس از بررسی و ارزیابی موضوع اختلاف، راه‌حلی را استنباط کند که مبنای ریشه قانونی دارد، حتی اگر ملاحظات منصفانه را نیز لحاظ کرده باشد، به‌عنوان کدخدامنش عمل نکرده و طبیعتاً نیازی هم به اجازه طرفین دعوا ندارد.<sup>۷۴</sup>

سرانجام باید افزود در همان اسناد و مقرراتی که داوری بر مبنای انصاف، شناسایی و تصدیق شده است، اعمال اختیار کدخدامنشی به‌طور مطلق و بدون هیچ‌گونه قید یا استثنایی منوط به اجازه و توافق صریح و بدون ابهام طرفین شده است.

در نهایت، با توجه به مطالب فوق به نظر می‌رسد داوران در هر وضعیتی تنها زمانی می‌توانند مطابق با اصول عدل و انصاف و کدخدامنشانه تصمیم‌گیری کنند که این اختیار از سوی طرفین

<sup>۷۲</sup> چنان‌که در پرونده *لیامکو علیه دولت لیبی داور صراحتاً بیان می‌کند: «... یکی از اصول کلی حقوقی انصاف است، که به‌طور مشترک و بدون هیچ‌گونه مخالفتی به‌عنوان منبع مکمل قواعد حقوقی در قانون لیبی تصدیق و شناسایی شده است...».* (*Libyan American Oil Company (Liamco) v. The Government of the Libyan Arab Republic, op. cit., p. 76.*)

<sup>۷۳</sup> Francioni, Francesco, "Equity in International Law", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. 6, 2013, p. 17.

<sup>۷۴</sup> Delvolve, Jean-Louise, Rouche, Jean and Gerald H., *French Arbitration Law and Practice: A Dynamic Civil Law Approach to International Arbitration*, Kluwer Law International, 2<sup>nd</sup> Edition, 2009, p. 150.

دعوا به آن‌ها اعطا شده باشد.<sup>۷۵</sup> به عبارت روشن‌تر، وقتی رضایت و توافق صریح طرفین وجود ندارد، دیوان داوری صریحاً می‌فهمد که او متعهد است تا اختلاف را صرفاً مطابق با قواعد قانونی قابل اعمال، حل‌وفصل کند.<sup>۷۶</sup>

### ۳. صدور حکم بر مبنای انصاف در تمام یا بخشی از جنبه‌های ماهیت مسئله مورد اختلاف (dépeçage)

مسئله مهم دیگری که در رابطه با داوری بر مبنای انصاف مطرح می‌شود این است که آیا اجازه تصمیم‌گیری بر مبنای انصاف، به‌طور خودکار شامل همه جنبه‌های ماهیت اختلاف می‌شود و داور موظف است نسبت به تمام ابعاد موضوع اختلاف مطابق با انصاف عمل کند؟ یا اینکه طرفین می‌توانند از طریق تجزیه قرارداد از داور بخواهند فقط نسبت به موضوعات معینی از اختلاف بر مبنای انصاف تصمیم‌گیری کند و نسبت به موضوعات دیگر، سیستم حقوقی خاصی را (اعم از حقوق داخلی یا حقوق فراملی) به‌عنوان قانون قابل اعمال انتخاب کنند؟ مفهوم تجزیه قرارداد که در اصطلاح به آن dépeçage گفته شده است، بیشتر در مباحث حقوق بین‌الملل خصوصی مطرح می‌شود و حالتی است که در آن بر بخش‌های مختلف یک رابطه حقوقی، مجموعه‌ای از قواعد متفاوت حاکم است.<sup>۷۷</sup> لیکن از آنجا که در حوزه داوری، قوانین به‌طور صریح یا ضمنی چنین امری را منع یا تجویز نکرده‌اند و به عبارتی به این سؤال پاسخی نداده‌اند، در نوشته‌های حقوقی بین‌نویسندگان در رابطه با این مسئله اتفاق نظر وجود ندارد.

گروهی از نویسندگان بر این باورند که تجزیه قرارداد و اعطای اختیار جزئی به داوران برای اعمال انصاف بر بخشی از موضوعات اختلاف، در عمل منجر به مسائل و مشکلات عملی و اساسی خواهد شد. ایشان در توضیح عقیده خود می‌گویند: تجزیه قرارداد و تجویز اعمال انصاف صرفاً بر بخشی از جنبه‌های اختلاف، تعادل و تساوی بین تک‌تک افراد قرارداد را که باید در تمام معاملات تجاری وجود داشته باشد، از بین می‌برد. به‌طور مثال، ضمن قرارداد فروش کالا، بایع به نفع خریدار، انجام عملی خاص را در مدت زمانی مشخص بر عهده می‌گیرد و در قرارداد در مقابل هر روز تأخیر، مبلغ معینی را به‌عنوان وجه التزام تعیین می‌کند. لیکن فروشنده به دلیل بروز مسئله‌ای پیش‌بینی نشده، قادر به انجام تعهد در مدت زمان مقرر نمی‌شود. متقابلاً خریدار نیز پس از گذشت مدت مقرر قانونی جهت اعلام، متوجه عیوب پنهانی موجود در مبیع می‌شود. حال اگر طرفین از داوران خواسته باشند در خصوص تعیین مبالغ وجه التزام‌های مقرر در قرارداد، بر اساس

75. Christoph H. Schreuer, Loretta Malintoppi, August Reinisch and Anthony Sinclair, *op. cit.*, p. 634.

76. Begic, Taida, *op. cit.*, p. 223.

77. Belohlavek, Alexander J., *op. cit.*, p. 34; Trakman Leon, "Ex Aequo et Bono: De-mystifying an Ancient Concept", *Chicago Journal of International Law*, vol. 8, N. 2, 2008, p. 11.

اصول عدل و انصاف تصمیم‌گیری کنند و در مورد سایر موضوعات اختلاف، به‌عنوان مثال، قانون دولت متبوع فروشنده حاکم باشد، در عمل ممکن است تساوی موقعیت قراردادی طرفین دعوا از بین برود، چرا که داور کدخدامنش می‌تواند به دلیل دشواری اثبات شرایط فورس ماژور، مطابق با اصول عدل و انصاف، فروشنده را از پرداخت وجه التزام معاف کند یا حداقل، حکم به تعدیل مبلغ تعیین‌شده در قرارداد دهد. این درحالی است که اظهار و درخواست خریدار در مورد اعلام خیار فسخ عیب به دلیل انقضای مدت قانونی، مطابق با قانون حاکم پذیرفته نمی‌شود، هرچند که این اعلام می‌تواند بر اساس انصاف قابل قبول باشد. بنابراین اگر قرار باشد شیوه تصمیم‌گیری در تک‌تک جنبه‌های اختلاف متفاوت باشد، نه‌تنها منصفانه و عادلانه تلقی نمی‌شود بلکه موقعیت برابر طرفین را در جریان رسیدگی از بین می‌برد که قطعاً مطلوب هیچ‌یک از طرفین دعوا نیست.<sup>۷۸</sup>

علی‌رغم وجود چنین نظر مخالفی، امروزه بسیاری از نویسندگان،<sup>۷۹</sup> امکان انتخاب قانون ماهوی قابل اعمال را در کنار اعطای اختیار کدخدامنشی به داوران پذیرفته‌اند و این شیوه را معقولانه و منصفانه می‌دانند. به عبارت روشن‌تر، اکثر حقوق‌دانان معتقدند که طرف‌های اختلاف نه‌تنها می‌توانند تصمیم‌گیری بر اساس اصول عدل و انصاف را به‌طور عام بر کلیه موضوعات قرارداد اجازه دهند، بلکه می‌توانند چنین اختیاری را از طریق تجزیه قرارداد فقط نسبت به موضوعات معینی به دیوان بدهند و نسبت به موضوعات دیگر، نظام قانونی خاصی از قبیل قانون یک دولت معین را به‌عنوان قانون قابل اعمال انتخاب کنند.<sup>۸۰</sup> رویه و آرای داور نیز مؤید چنین نظری است. به‌عنوان مثال، می‌توان به دو پرونده مطرح‌شده در دیوان داور/یکسید اشاره کرد.

78. Belohlavek, Alexander J., *op. cit.*, p. 35.

79. Trakman Leon, "Ex Aequo et Bono: De-mystifying an Ancient Concept", *Chicago Journal of International Law*, vol. 8, N. 2, 2008; Schreuer, Christoph, "Decisions Ex Aequo et Bono under the ICSID Convention", *ICSID Review Foreign Investment Law Journal*, vol. 11, N. 1; Manarakis, Sergios, "Applying the Applicable Law the Ex Aequo et Bono Provision of the FAT Rules", *International Sports Law Review Pandektis (ISLR/Pandektis)*, vol. 9, 2011; Kiffer, Laurence, "Nature and Content of Amiable Composition", *International Business*, vol. 5, 2008; Hilgard Mark and Elisia Bruder, Ana, "Unauthorised Amiable Compositour"? *Disp. Resol. International*, vol. 8, N. 1, 2014; Raffa, Mohamed, "Amiable Composition and Arbitration ex Aequo et Bono", 2013, At: <https://works.bepress.com/mohamedraffa/2/> (Last visited: 2018/4/16); Weinberg, Karyn S., "Equity in International Arbitration: How Fair is Fair- A Study of Lex Mercatoria and Amiable Composition", *Boston University International Law Journal*, vol. 12, 1994; Begic, Taida, *Applicable Law in International Investment Disputes*, Boom Eleven International, 2005, p. 223; Christoph H. Schreuer, Loretta Malintoppi, August Reinisch and Anthony Sinclair, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, 2009, 2<sup>nd</sup> Edition, p. 632; Herboczkova, Jana, "Amiable Composition in the International Commercial Arbitration", *Law Faculty of the Masaryk University*, 2008, At: [https://www.law.muni.cz/sborniky/cofola2008/files/pdf/mps/herboczkova\\_jana.pdf](https://www.law.muni.cz/sborniky/cofola2008/files/pdf/mps/herboczkova_jana.pdf) (Last visited: 2018/4/16).

۸۰. نمایان، افشین؛ نظام حل‌وفصل اختلافات تحت کنوانسیون ۱۹۶۵ واشنگتن، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق بین‌الملل، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۷۶، ص ۱۷۳.

در پرونده شرکت ایتالیایی بن ونوتی و بون فانت علیه دولت کنگو،<sup>۸۱</sup> همان طوری که اشاره شد، طرفین اختلاف در جریان رسیدگی توافق کردند تا دیوان، اختلاف آن‌ها را بر مبنای انصاف و به‌طور کدخدامنشی حل‌وفصل کند. به عبارت واضح‌تر، دیوان داوری در بخش مربوط به قانون ماهوی قابل اعمال در رأی، توضیح داد که «وفق بند ۱ ماده ۴۲ کنوانسیون/یکسید، دیوان داوری قانون دولت طرف قرارداد و همچنین اصول حقوق بین‌الملل را به‌عنوان قانون حاکم اعمال می‌کند»؛<sup>۸۲</sup> و بعد از بیان توضیحاتی در خصوص ماهیت قانون کنگو اظهار داشت: «در پرونده حاضر، دیوان اختیار تصمیم‌گیری بر مبنای اصول عدل و انصاف را مطابق با توافق طرفین اختلاف دارد...».<sup>۸۳</sup> در حقیقت، دیوان بر این نظر بود که اختیار تصمیم‌گیری مطابق با عدل و انصاف، مانع دیوان جهت انتخاب و اعمال قانون مناسب نمی‌شود.<sup>۸۴</sup> بدین ترتیب، دیوان در مورد موضوع خسارت وارده، ناشی از مصادره شرکت و مسئله پرداخت غرامت مطابق با قانون کنگو اقدام به رسیدگی کرد و در مورد ارزیابی میزان غرامت قابل پرداخت بر این عقیده بود که مقدار مبلغ قابل پرداخت بر اساس اصول عدل و انصاف تعیین خواهد شد. به همین دلیل، بخشی از رأی که به ارزیابی میزان خسارت مرتبط است، متضمن استنادهای پی‌درپی به انصاف است.<sup>۸۵</sup> همچنین خواهان مدعی بود که اعتبار کاری خود را در مقابل سایر فروشندگان و بانک‌ها از دست داده و بدین سبب متحمل خسارت و ضرر معنوی شده است. دیوان در پاسخ به ادعای پرداخت غرامت به دلیل ضرر معنوی خواهان اعلام کرد: «هیچ‌گونه مدرکی از سوی خواهان برای اثبات این ادعا ارائه نشده است. لیکن با توجه به اقدامات خواهان در طول انجام قرارداد و عدم حصول نتیجه مطلوب، فعالیت‌های شرکت خواهان (به‌واسطه ضررهای مادی واردشده) مختل شده است».<sup>۸۶</sup> بنابراین، مطابق با انصاف به پرداخت مبلغ پنج میلیون CFA به دلیل ضررهای معنوی واردشده به نفع شرکت خواهان حکم داد.<sup>۸۷</sup> به‌علاوه، در بند ۳ ماده ۱۲ قرارداد، طرفین توافق کرده بودند هزینه‌های دادرسی به‌طور منصفانه بین آن‌ها تقسیم شود. با وجود این، شرکت خواهان بر این ادعا بود که تعلل و عدم همکاری دولت خواننده در جریان رسیدگی باعث تأخیری قابل توجه و تحمیل هزینه‌های اضافی برای آن‌ها شده است. از این‌رو از دیوان داوری درخواست کردند تا این امر را در صدور رأی نهایی در نظر بگیرد. دیوان نیز ضمن منصفانه‌دانستن چنین

81. *Benvenuti and Bonofant v. the Government of the People's Republic of the Congo*, Award of Aug. 15, 1980. ICSID Reports, vol. 1, 2005, pp. 330-367.

82. *Ibid.*, p. 349.

83. *Ibid.*, pp. 349, 357.

84. *Ibid.*, p. 349.

85. ICSID Reports, vol. 1, 2005, p. 357.

86. *Ibid.*, p. 361.

87. *Ibid.*

درخواستی بر این اعتقاد بود که دولت خوانده باید هزینه‌های اضافی را که بر شرکت خواهان تحمیل شده است، پرداخت کند. بدین سبب، دولت را بر اساس اصول عدل و انصاف، محکوم به پرداخت مبلغ پانزده هزار دلار کرد.<sup>۸۸</sup>

دومین مورد، پرونده شرکت *آتلاتتیک* علیه دولت گینه<sup>۸۹</sup> است. همان طور که بیان شد، مطابق با ماده ۱۵ توافقنامه داوری، دیوان داوری/یکسید از سوی طرفین، مجاز به اعمال اصول عدل و انصاف شد و در ماده ۱۴ همان توافقنامه، قانون کشور گینه به‌عنوان قانون قابل اعمال بر ماهیت اختلاف تعیین شد.<sup>۹۰</sup> هیئت داوری با استفاده از اختیار کدخدامنشی که از سوی طرفین اعطا شده بود، در خصوص محاسبه خسارات وارد شده به شرکت خواهان و نیز پرداخت هزینه‌های دادرسی مطابق با انصاف، رسیدگی و تصمیم‌گیری کرد.<sup>۹۱، ۹۲</sup>

چنان‌که از توضیحات فوق مشهود است به نظر می‌رسد اختیار تصمیم‌گیری و صدور حکم مطابق با اصول عدل و انصاف، مانع از این نمی‌شود که دیوان داوری قانون قابل اعمال را اجرا کند و طرفین می‌توانند ضمن اجازه تصمیم‌گیری مطابق با اصول انصاف، قانونی را انتخاب کنند که داوران را ملزم و متعهد کند.

#### ۴. الزام یا عدم الزام داوران برای تصمیم‌گیری مطابق با انصاف

مسئله دیگری که در حوزه داوری بر مبنای انصاف مطرح می‌شود این است که با فرض وجود رضایت صریح طرفین برای تصمیم‌گیری مطابق با اصول عدل و انصاف، آیا داوران ملزم‌اند تصمیم و حکم خود را مطابق با انصاف صادر کنند؟ یا اینکه رضایت و توافق طرفین، تنها شرط

88. *Ibid.*, p. 365.

89. *Atlantic Triton Company v. People's Revolutionary Republic of Guinea*, Award of Apr. 21, 1986.

در این پرونده، اختلافات از توافقنامه اوت ۱۹۸۱ بین شرکت *آتلاتتیک* (خواهان) و دولت گینه (خوانده) ناشی می‌شود. مطابق با قرارداد مزبور، شرکت متعهد بود که به منظور تجهیز و بهره‌برداری از سه کشتی ماهیگیری در کشور گینه، سرمایه‌گذاری کند. تجهیز کشتی‌ها در محل کشتی‌سازی در نوژ انجام می‌شد. لیکن بعد از ارسال کشتی‌ها به کشور گینه مشخص شد که نوع و اندازه کشتی‌ها متناسب با آب‌های کشور گینه نبوده است. در نتیجه، بهره‌برداری از کشتی‌ها بعد از ۹ ماه متوقف شد. بعد از آنکه مذاکرات مجدد بین طرفین به نتیجه مطلوبی منتهی نشد، شرکت *آتلاتتیک* در ۵ آوریل ۱۹۸۳ با استناد به نقض تعهدات مالی از سوی دولت گینه، قرارداد را فسخ کرد. مدتی بعد (ژانویه ۱۹۸۴) جریان داوری به درخواست شرکت *آتلاتتیک* در دیوان داوری/یکسید آغاز شد. جهت مطالعه تفصیلی پرونده و ادعاهای هریک از طرفین، ن.ک:

ICSID Reports, 1965, vol. 3. pp. 3-44.

90. *Ibid.*, pp. 14, 19, 23.

91. *Ibid.*, pp. 42-43 and Schreuer, Christoph, *op. cit.*, p. 48.

92. به منظور مشاهده پرونده‌هایی که در آن، طرفین ضمن انتخاب قانون ماهوی حاکم بر ماهیت اختلاف، بر اعطای اختیار کدخدامنشی به داوران نیز توافق کرده‌اند، ن.ک:

Kiffer, Laurence, "Amiable Composition and ICC Arbitration", *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 18, N. 1, 2007, p. 55, and Basketball Arbitral Tribunal (BAT): At: <http://www.fiba.com/bat/awards> (Last visited: 2018/4/16).

لازم است نه کافی و داوران مختارند در صورتی که نتیجه اعمال قواعد و مقررات قانونی را نیز منصفانه و عادلانه بیابند، علی‌رغم خواست طرفین برای صدور حکم بر مبنای انصاف، رأی خود را بر اصول قانونی استوار کنند؟ آیا در این حالت، رأی داوران معتبر است یا اینکه به اتهام عمل کردن خارج از حدود اختیارات و وظایف محوله، حکم و رأی آن‌ها قابلیت شناسایی و اجرا را نخواهد داشت؟

در این باره، حکم صریح و روشنی را نمی‌توان از متن قوانین و مقررات داوری استنباط کرد. به بیان واضح‌تر، اکثر قواعد داوری بدون اشاره به الزام یا عدم الزام داوران کدخدامنش، برای تصمیم‌گیری بر مبنای انصاف، اعمال این نوع داوری را منحصراً منوط به اجازه و توافق صریح طرفین کرده‌اند. به عبارت دیگر، مفاد دقیق این قواعد، صرفاً این معنا را نشان می‌دهد که مرجع داوری فقط زمانی اختیار حل و فصل دوستانه یا تصمیم‌گیری بر اساس انصاف را دارد که طرفین برای دادن چنین اختیاری به آن توافق کرده باشند. از سوی دیگر، بند ۳ ماده ۲۸ قانون نمونه و سایر مقررات داوری با عبارات مشابهی بیان می‌دارند: «دیوان داوری به‌عنوان کدخدامنش یا بر اساس اصول عدل و انصاف تصمیم می‌گیرد...» و بند ۳ ماده ۲۷ قانون تجاری بین‌المللی ایران نیز مقرر می‌دارد: «داور...می‌تواند بر اساس عدل و انصاف یا کدخدامنشانه تصمیم بگیرد».<sup>۹۳</sup> لیکن هیچ‌یک از این افعال بر الزام یا عدم الزام داوران دلالت نمی‌کنند و صرفاً بیان‌کننده این امر هستند که داوران به شرط توافق واضح از سوی طرفین اختلاف، اجازه می‌یابند تا معیارها و قواعد دقیق قانونی را کنار بگذارند و بر اساس انصاف اقدام کنند و معنای الزام یا عدم الزام داوران کدخدامنش به‌طور خاص از این عبارات برداشت نمی‌شود. همچنین در رویه داوری و دکترین حقوقی در این مورد عقیده واحدی وجود ندارد و نویسندگان و داوران، مواضع پراکنده‌ای داشته‌اند. باین‌حال، دو عقیده کلی را می‌توان به شرح ذیل بیان کرد:

#### ۴-۱. الزام داوران به صدور حکم بر مبنای انصاف

نگرش گروهی از حقوق‌دانان این است که توافق و رضایت طرفین مبنی بر داوری به‌طور کدخدامنشی نه‌تنها به داوران اختیار نادیده‌گرفتن مقررات موضوعه را اعطا می‌کند، بلکه آن‌ها را موظف می‌سازد تا راه‌حل اختلاف را صرفاً بر اساس انصاف، و نه بر مبنای قانون، ارائه کنند.<sup>۹۴</sup> آن‌ها در مقام استدلال، اظهار داشته‌اند: اگر طرفین اختلاف از داوران خواسته باشند تا وفق

۹۳. در متون انگلیسی برای بیان اقدام داوران از افعال "shall decide"، "may decide" و "will decide" استفاده شده است.

۹۴. Yu, Hong-lin, "Amiable Composition- A Learning Curve", *Journal of International Arbitration*, vol. 17, N. 1, 2000, p. 88; Poudret, Jean-Francois and Besson, Sebastian, *Comparative Law of International Arbitration*, Sweet and Maxwell, 2<sup>nd</sup> Edition, 2007, p. 625.

انصاف رسیدگی کنند اما آن‌ها برخلاف خواسته طرفین، طبق قواعد حقوقی و بدون هیچ‌گونه اشاره‌ای به انصاف و ملاحظات منصفانه تصمیم‌گیری کنند، این اقدام برخلاف فلسفه داوری کدخدانسانه است. توضیح بیشتر آنکه، در صورتی که انحراف از مقررات موضوعه صورت نپذیرد، هیچ تفاوتی بین کدخدانمنشی و اعمال قواعد قانونی ولو اینکه منجر به نتایج منصفانه‌ای بشود، وجود نخواهد داشت. مینا و ماهیت داوری، زمانی به‌طور کدخدانمنشی خواهد بود که بر اساس انصاف و در مقابل مقررات موضوعه انجام گیرد.<sup>۹۵</sup> از طرف دیگر، عدم الزام داوران کدخدانمنش برای تصمیم‌گیری بر مبنای انصاف، این امکان را فراهم می‌کند تا آن‌ها به بهانه منصفانه‌بودن نتایج اجرای قواعد حقوقی و فرار از اتهام عمل کردن بر اساس برداشت‌های شخصی و ذهنی خود، از اعمال انصاف خودداری کنند و همین امر ماهیت و فلسفه وجودی داوری بر مبنای انصاف را مخدوش خواهد کرد. رویه قضایی فرانسه پیرو چنین دیدگاهی است. مطابق با عقیده غالب در رویه قضایی فرانسه، داور مجاز به اعمال انصاف، نه تنها مکلف است اختلاف را بر مبنای انصاف و کدخدانمنشانه حل و فصل کند بلکه باید در قسمت توجیهی رأی، به‌طور صریح و واضح، دلایل و استدلال‌های خود را مبنی بر ارتباط راه‌حل اتخاذشده با انصاف بیان نماید تا برای قاضی روشن شود که آیا داور هنگام بررسی موضوع اختلاف و صدور رأی به انصاف توجه کرده است یا خیر؟<sup>۹۶</sup> در واقع، اکثر صاحب‌نظران در فرانسه، ذکر ارجاع صریح به انصاف در رأی توسط داور را تنها ضابطه و معیار عینی می‌دانند که قضات دادگاه‌ها به‌وسیله آن می‌توانند از انجام وظیفه داوران کدخدانمنش مبنی بر اعمال انصاف، اطمینان حاصل کنند.<sup>۹۷</sup> همین نگرش باعث شده است تا دادگاه‌ها بسیاری از آرای داوری را به سبب عدم ذکر صریح و رسمی مبنای منصفانه در قسمت توجیهی رأی، باطل اعلام کنند.<sup>۹۸، ۹۹</sup> به‌عنوان نمونه، در رأی شماره ۱۹۲ مورخه ۱۵ فوریه ۲۰۰۱،<sup>۱۰۰</sup> دیوان عالی کشور فرانسه به درخواست خواهان، رأی صادره از سوی داوران را باطل اعلام و اظهار کرد: «علی‌رغم اعطای اختیار کدخدانمنشی به داوران وفق توافقنامه داوری، حکم و رأی داوران صرفاً بر مقررات قانونی مبتنی شده است بدون توضیح و تصریح اینکه آیا استدلال‌ها

۹۵. رضوی‌زادگان، محمدرضا؛ انصاف و جایگاه آن در حل اختلافات بین‌المللی، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق بین‌الملل، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۷۴، ص ۹۸.

۹۶. Kiffer, Laurence, 2008, *op. cit.*, p. 630.

۹۷. Dumisc, Amir, "Advantages of Amicable International Arbitration: Characteristics and Scope of Arbitration Powers", 2009, p. 14, At: <http://urn.nb.no/URN:NBN:no-22369> (Last visited: 2018/4/16)

۹۸. Vuillard, Emmanuel and Agenheim, Alexandre, *op. cit.*, p. 651.

۹۹. بر مبنای این نظر، عدم توجیه رأی بر مبنای انصاف، حاکی از این است که داور به وظیفه و تکلیف خود مبنی بر رسیدگی و تصمیم‌گیری بر اساس انصاف عمل نکرده است، لذا رأی صادره محکوم به ابطال است.

۱۰۰. *The Halbout & société Matenec HG v. Epoux Hanin*, Award N. 192, February 15, 2001.

به نقل از Belohlavek, Alexander J., *op. cit.*, p. 33

و دلایل استنادی مطابق با انصاف و ملاحظات منصفانه بوده است یا خیر؟ [برخلاف توافقنامه داوری برای اعمال انصاف در ماهیت اختلاف]، رأی صادره فقط مبتنی بر قواعد قانونی بوده است بدون اینکه هیچ‌گونه ارتباطی با انصاف و مبنای منصفانه داشته باشد.<sup>۱۰۱</sup> همچنین در پرونده شماره ۷۹۱۳ در سال ۱۰۲۱۹۹۶ در دیوان داوری ICC اعلام شد: «وقتی که داوران با وضعیت عدم انتخاب قانون قابل اعمال از سوی طرفین روبه‌رو می‌شوند [با وجود اعطای اختیار کدخدانمشی به داوران]، ضرورتی برای تعیین قانون ماهوی قابل اعمال وجود ندارد».<sup>۱۰۳</sup> به همین ترتیب، در پرونده شماره ۱۰۰۴۹ مورخ ژوئن ۲۰۰۳،<sup>۱۰۴</sup> مرجع مزبور در پاسخ به مسئله تعیین قانون ماهوی قابل اعمال بر ماهیت اختلاف، اظهار کرد: «یافتن قانون ماهوی قابل اعمال بر ماهیت اختلاف، اهمیت زیادی ندارد چرا که شرط داوری به داوران اختیار عمل کردن به‌طور کدخدانمشی را اعطا کرده است. لذا دیوان تعهدی برای رسیدگی مطابق با قواعد قانونی ندارد... این شرط کاملاً معتبر است... داوران متعهدند در پرونده (موضوع اختلاف) مطابق با اصول انصاف به‌جای توسل به قوانین دولتی تصمیم بگیرند».<sup>۱۰۵</sup> رویکرد مشابهی نیز در پرونده‌های دیوان داوری FIBA<sup>۱۰۶</sup> اتخاذ شده است. به‌طور مثال، در پرونده شماره ۰۱۱۷/۱۰ سال ۲۰۱۰ بیان شد: «عموماً پذیرفته شده است که داور مجاز به اعمال انصاف ملزم است تصمیم و رأیی را ارائه دهد که منحصراً مبتنی بر انصاف است بدون در نظر گرفتن نتایج قانونی. در حقیقت، داور باید به‌جای اعمال قواعد کلی و انتزاعی، بر اوضاع و احوال پرونده حاضر متمرکز شود».<sup>۱۰۷</sup> بنابر نظر فوق، داوری که به‌عنوان کدخدانمشی عمل می‌کند، تنها یک انتخاب دارد و آن عبارت است از اتخاذ تصمیم با پیروی از اصول انصاف به شرط آنکه این ملاحظات منصفانه، مخالف با نظم

101. *Ibid.*

102. ICC Final Award in Case 7913, 1996, At: ICC Dispute Resolution Library, at: <http://library.iccwbo.org/dr-awards.htm>, (Last Visited 2018/4/16).

103. Kiffer, Laurence, 2007, *op. cit.* p. 55.

104. ICC Final Award in Case 10049, 2003, at: ICC Dispute Resolution Library, at: <http://library.iccwbo.org/dr-awards.htm>, (Last Visited: 2018/4/16).

۱۰۵. در پرونده شماره ۹۶۶۹ در اکتبر ۱۹۹۸ نیز با این عبارات از چنین دیدگاهی پیروی شد: «عموماً پذیرفته شده است که داور کدخدانمشی، متعهد به اعمال نظام قانونی خاصی نیست. [چنین داوری] از اختیارات زیادی برخوردار است و می‌تواند به معیارهای دیگری با هدف رسیدن به نتیجه منصفانه متوسل شود، مانند اوضاع و احوال هر اختلاف و شروط و عبارات مندرج در قرارداد فی مابین طرفین».

ICC Final Award in Case 9669, 1998, at: ICC Dispute Resolution Library, at: <http://library.iccwbo.org/dr-awards.htm>, (Last Visited: 2018/4/16).

برای مشاهده پرونده‌های دیگر در این رابطه و شرح آن‌ها، ن.ک:

Kiffer, Laurence, "Amiable Composition and ICC Arbitration", *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 18, N. 1, 2007, pp. 55-56 and ICC Dispute Resolution Library, at: [library.iccwbo.org/dr-awards.htm](http://library.iccwbo.org/dr-awards.htm) (Last visited: 2018/4/16).

106. FIBA Arbitral Tribunal (FAT)

107. Arbitral Award 0117/10 (FAT), 2010, Basketball Arbitral Tribunal (BAT): at: <http://www.fiba.com/bat/awards> (Last visited: 2018/4/16).

عمومی نباشد. دادگاه‌های فرانسه بارها از این عقیده پیروی کرده‌اند.<sup>۱۰۸</sup>

#### ۲-۴. عدم الزام داوران به صدور حکم بر مبنای انصاف

در برابر اعتقاد مذکور در بند قبل، به باور بیشتر نویسندگان، تصمیم‌گیری به‌طور کدخدامنتشی، حتی در صورت توافق صریح طرفین، مرجع رسیدگی‌کننده به دعوا را ملزم به انحراف از قانون قابل اعمال نمی‌کند.<sup>۱۰۹</sup> این گروه از حقوق‌دانان معتقدند که اگرچه نشانه بارز اختیار تصمیم‌گیری مطابق با انصاف، انحراف از اصول حقوقی است، چنین اختیاری هرگز مانع از اعمال قوانین ملی نمی‌شود و داوران را مکلف به عدول از مقررات قانونی نمی‌کند.<sup>۱۱۰</sup> به بیان دیگر، با وجود اینکه در داوری بر مبنای انصاف، همه اوضاع و احوال، عرف‌ها و رویه‌های حاکم بر روابط طرفین اختلاف به منظور تصمیم‌گیری منصفانه در نظر گرفته می‌شود، اگر از نظر داوران، تفاوتی بین قواعد و مقررات قانونی و اقتضای انصاف وجود نداشته یا اینکه راه‌حل ناشی از قانون منصفانه‌تر باشد، آن‌ها باید رأی خود را بر مبنای موازین قانونی استوار سازند.<sup>۱۱۱</sup> به عقیده آن‌ها، جهت تصمیم‌گیری مطابق با انصاف، علاوه بر اجازه و رضای صریح طرفین باید داوران چنین اقدامی را ضروری تشخیص داده باشند. یعنی اگر به زعم داوران، اعمال قواعد حقوقی منجر به نتایج ناعادلانه، غیرمنصفانه، نامتناسب و غیرقابل اجرا شود، داوران می‌توانند ضمن داشتن رضایت طرفین اختلاف، با نادیده گرفتن قواعد حقوقی، تنها بر اساس انصاف تصمیم‌گیری کنند. در غیر این صورت، داوران می‌توانند از کدخدامنتشی صرف‌نظر کرده و بر اساس مقررات موضوعه، رأی صادر کنند.<sup>۱۱۲</sup> در راستای پذیرش احراز و تشخیص ضرورت، در کنار توافق طرفین نوشته شده است: «ما تکرار می‌کنیم که کدخدامنتشی شیوه‌ای جهت رسیدن به راه‌حل منصفانه از طریق

۱۰۸. برای دیدن آرای بیشتر در این زمینه، ن.ک:

Kiffer, Laurence, "Nature and Content of Amiable Composition", *International Business*, 2008, at: <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/ibuslj2008&div=44&id=&page=> (Last visited: 2018/4/16).

۱۰۹. میرعباسی، سیدباقر و رضوان باقرزاده؛ «نقش انصاف در حل و فصل اختلافات بین‌المللی»، *فصلنامه حقوقی*، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۴۰، شماره ۲، تابستان ۱۳۸۹، ص ۳۵۴.

110. Maniruzzaman, A F M, "The Arbitrator's Prudence in *Lex Mercatoria*: Amiable Composition and *Ex Aequo Et Bono* in Decision Making", *Mealey's International Arbitration Report*, vol. 18, N. 12, 2003, p. 2; Kiffer, Laurence, 2007, *op. cit.*, p. 54; Christoph H. Schreuer, Loretta Malintoppi, August Reinisch and Anthony Sinclair, *op. cit.*, p. 636.

111. Mauro Rubino-Sammartano, *Amiable Compositeur (Joint Mandate to Settle) and Ex Bono et Aequo (Discretionary Authority to Mitigate Strict Law): Apparent Synonyms Revisited*, Kluwer Law International, vol. 9, N. 1, 1992, pp. 12,13; Hilgard Mark and Elisia Bruder, Ana, *op. cit.*, p. 53.

۱۱۲. رضوی‌زادگان؛ همان، صص ۹۹-۹۸.

Born, Gary, *International Commercial Arbitration: International and USA Spectscmentary and Materials*, Kluwer Law International, 2nd Edition, 2001, p. 557; Mauro Rubino-Sammartano, *International Arbitration Law and Practice*, Kluwer Law International 3rd Edition, 2014, p. 463.

نادیده گرفتن قواعد حقوقی است [اما] صرفاً تا حدی که چنین امری ضروری تشخیص داده شود.<sup>۱۱۳</sup> بنابراین، رضایت طرفین فقط شرط لازم و نه کافی برای اعمال انصاف است. به همین دلیل، اعضای گروه کاری فرانسوی در اتاق بازرگانی بین‌المللی<sup>۱۱۴</sup> در گزارش خود راجع به کدخدانمنشی اعلام می‌کنند: «داور کدخدانمنش نخست باید ادعاهای هریک از طرفین را مطابق با قواعد و معیارهای قانون ماهوی قابل اعمال ارزیابی کند. اگر راه‌حل ارائه شده به موجب قانون به نظر ناعادلانه و غیرمنصفانه باشد، داور مجاز است راه‌حل را با اصول منصفانه تطبیق دهد یا بر اساس ملاحظات منصفانه به‌طور مستقل تصمیم بگیرد».<sup>۱۱۵</sup> در نتیجه، بر اساس نگرش این گروه از نویسندگان، داورانی که به‌طور کدخدانمنشی عمل می‌کنند می‌توانند نظرات و تصمیمات منصفانه خود را با قوانین ملی تطبیق دهند. با وجود این، درباره اینکه آیا داوران ملزم‌اند در چنین مواردی، نبود تفاوت بین انصاف و قواعد حقوقی را اعلام کنند یا خیر، اتفاق نظر بین این دسته حقوق دانان وجود ندارد. برخی بر این باورند که داور ملزم به اعلام صریح این موضوع نیست،<sup>۱۱۶</sup> درحالی که تعدادی دیگر از نویسندگان، پیرو چنین رویکردی نظر بر این دارند که داور باید به‌طور واضح در رأی صادره توضیح دهد که چرا انحراف از معیارهای قانونی را در موضوع متنازع‌فیه، غیرضروری تشخیص داده است.<sup>۱۱۷</sup> در حقیقت، داور باید در قسمت توجیهی رأی خود، دلایل کافی مبنی بر یکی‌بودن نتیجه اعمال انصاف و نتیجه اجرای قواعد قانونی را بیان کند. لذا اگر داور نتواند چنین مطابقتی را ثابت کند، رأی او به علت خروج از حدود اختیارات، در معرض ابطال قرار می‌گیرد.<sup>۱۱۸</sup>

### ۳-۴. تحلیل و بررسی وضعیت‌های مختلف

علی‌رغم اینکه نظر عدم الزام داوران کدخدانمنش برای اعمال انصاف بین نویسندگان شهرت بیشتری دارد، به نظر می‌رسد با توجه به مفاد دقیق توافقنامه طرفین اختلاف و عبارات مندرج در آن، پاسخ به این مسئله در هر مورد متفاوت خواهد بود.

113. Poudret, Jean-Francois and Besson, Sebastian, *op. cit.*, p. 623.

114. 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 داور را که بر مبنای انصاف تصمیم می‌گیرد، روشن سازد.

115. Belohlavek Alexander J., *op. cit.* p. 33; Yu, Hong-lin, *op. cit.*, p. 84; Kiffer, Laurence, 2007, *op. cit.*, p. 57.

116. Mauro Rubino-Sammartano, 1992, *op. cit.*, pp. 12, 13.

117. Poudret, Jean-Francois and Besson, Sebastian, *op. cit.*, p. 625; Simon Greenberg, Christopher Kee, J. Romesh Weeramantry, *International Commercial Arbitration: An Asia-Pacific Perspective*, Cambridge University Press, First Published 2011, p. 141.

118. Delvolve, Jean- Louise, Rouche, Jean and Gerald H, *op. cit.*, p. 150; Voilard, Emmanuel and Agenheim, Alexandre, *op. cit.*, pp. 650-651.

نخستین وضعیت در جایی است که طرفین در توافقنامه داوری به‌طور واضح از داوران خواسته‌اند که صرفاً بر مبنای انصاف و بدون استناد به هر معیار و قاعده قانونی، به اختلاف آن‌ها رسیدگی کنند. در این صورت به منظور حصول نتیجه منصفانه، داوران از جانب طرفین مأموریت<sup>۱۱۹</sup> یافته‌اند نه تنها قواعد خشک و دقیق قانونی را کنار بگذارند بلکه اگر ضروری باشد برخلاف قواعد قانونی نیز عمل کنند.<sup>۱۲۰</sup> در چنین وضعیتی، حتی خود طرفین به منظور جلوگیری از اینکه داوران برداشت شخصی و ذهنی خود را از انصاف اعمال کنند، معیارهای عینی و محسوسی را جهت اعمال انصاف و صدور رأی بر مبنای ملاحظات منصفانه در اختیار داوران قرار می‌دهند.<sup>۱۲۱</sup> بنابراین، این داوران ملزم‌اند منحصراً بر اساس انصاف و بدون هیچ‌گونه ارجاع و استنادی به قواعد و معیارهای مقررات موضوعه، اقدام به رسیدگی و صدور رأی کنند، چرا که وقتی طرفین صریحاً به داوران مأموریت اعمال انصاف در حل اختلاف را می‌دهند و خود آگاهانه از مزایای اجرای معیارهای مشخص قانونی چشم‌پوشی می‌کنند، هدفشان به‌وضوح حصول امر دیگری به‌جز صدور حکم وفق قانون بوده است، حتی اگر نتیجه اعمال قواعد حقوقی نیز منصفانه باشد.<sup>۱۲۲</sup> لذا اگر داوران برخلاف خواست طرفین و بدون هیچ‌گونه اشاره‌ای به انصاف طبق قواعد حقوقی رسیدگی کنند، نمی‌توان پذیرفت که آن‌ها از عهده انجام وظایف خود برآمده‌اند؛ چنان‌که به‌درستی بیان شده است: «اختیار کدخدامنشی، مانع داوران از اعمال قانون نمی‌شود مگر آنکه قصد طرفین بر این بوده است تا مانع اجرای قانون شوند.... مطالعه ۹۱ پرونده ارجاع‌شده به دیوان داوری ICC در بازه زمانی ۱۹۸۰ تا ۱۹۸۲ نشان می‌دهد که طرفین تا چه حد از رجوع به قانون خاصی در قراردادهای چشم‌پوشی کرده‌اند و به داور اختیار داده‌اند تا منحصراً مطابق با اصول عدل و انصاف تصمیم بگیرد».<sup>۱۲۳</sup>

موقعیت دیگر در جایی است که در آن به داوران فقط اختیار ساده‌ای برای رسیدگی بر اساس انصاف اعطا شده است. به عبارت روشن‌تر، همان‌طور که در بخش پیش توضیح داده شد، در غالب موارد، طرفین تمایل دارند ضمن انتخاب قانون ماهوی حاکم بر ماهیت اختلاف در شرط داوری، به داوران اختیار تصمیم‌گیری به‌طور کدخدامنشی و اعمال انصاف را نیز اعطا کنند. در

#### 119. Mission

۱۲۰. البته نباید پنداشت که داوران کدخدامنش در این حالت اختیار نامحدود و مطلق دارند. اختیار کدخدامنشی تحت هیچ شرایطی نمی‌تواند منجر به نقض قواعد آمره و نظم عمومی کشورها و نظام‌های حقوقی‌ای شود که نزدیک‌ترین ارتباط را با اختلاف دارند.

#### 121. Herbockova, Jana, *op. cit.*, p. 3.

۱۲۲. کلانتریان، مرتضی؛ داوری، بررسی مهم‌ترین نظام‌های حقوقی جهان، دفتر خدمات حقوق بین‌المللی، ۱۳۷۴، صص ۳۱۷-۳۱۸.

123. D. M. Lew Julian, *Contemporary Problems in International Arbitration*, Springer Science & Business Media, Queen Mary College, University of London, Centre for Commercial Law Studies, 1987, p. 71.

چنین وضعیتی، اگر به زعم داوران راه‌حل‌های ناشی از اجرای قواعد قانونی با نتایج اعمال انصاف یکی باشد یا اینکه مقررات موضوعه، منصفانه‌تر و عادلانه‌تر به نظر برسد، آن‌ها می‌توانند در برخی جنبه‌های اختلاف بر اساس انصاف و در برخی دیگر مطابق با معیارهای قانونی تصمیم‌گیری کنند.<sup>۱۳۴</sup> حتی آن‌ها می‌توانند بدون توجه به اصول عدل و انصاف، موضوع اختلاف را فقط بر اساس قواعد حقوقی ارزیابی کنند. به معنای دیگر، اختیار کدخدانمنشی مانع ارجاع به قانون نمی‌شود. بنابراین، در این حالت نمی‌توان ادعا کرد که داوران از حدود اختیارات خود مبنی بر اعمال انصاف تجاوز کرده‌اند و رأی آن‌ها محکوم به ابطال است. برای نمونه می‌توان به پرونده شماره ۱۲۰۷۰ دیوان داور ICC در سال ۲۰۰۴<sup>۱۳۵</sup> اشاره کرد. در این پرونده، خواهان و خوانده دعوا با توافق یکدیگر به دیوان داور تصمیم‌گیری به‌طور کدخدانمنشی را داده بودند لیکن هیچ‌یک از طرفین، قصد خود را مبنی بر چشم‌پوشی کامل از اجرای معیارهای قانونی در ارزیابی اختلافشان اعلام نکرده بودند. بنابراین، دیوان داور ضمن اعمال قانون ملی دولت متبوع خوانده در کنار انصاف، اظهار داشت: «هیچ دلیلی به دیوان داور ارائه نشده است که به‌طور شفاف نشان دهد طرفین خواسته‌اند تا مرجع رسیدگی‌کننده از به‌کاربردن هر اصل و معیار ناشی از قواعد قوانین ملی پرهیز کند... دیوان اختیار تصمیم‌گیری بر اساس اصول عدل و انصاف را دارد لیکن می‌تواند به قانون قابل اعمال هم بدون اینکه متعهد به اجرای آن باشد [به‌استثنای قواعد آمره و مربوط به نظم عمومی] ارجاع دهد».<sup>۱۳۶</sup> در این موارد به‌طور معمول، داوران در تعیین میزان غرامت قابل جبران بر اساس ملاحظات منصفانه تصمیم‌گیری می‌کنند.<sup>۱۳۷</sup> در نتیجه می‌توان گفت اختلاف‌نظر بین نویسندگان و داوران در دکتترین حقوقی و در رویه داور، از قصد متفاوت طرفین در توافقنامه داور در هر دعوا و اختلافی ناشی می‌شود.

همچنین باید افزود که بررسی و تجزیه و تحلیل آرای داور در دسترس نشان می‌دهد طرفین در بیشتر موارد نمی‌خواهند خود را به‌طور کامل از مزایای اعمال قواعد قانونی به‌ویژه قابلیت پیش‌بینی نتیجه اختلاف محروم کنند. لذا در کنار اعطای اختیار کدخدانمنشی، اجازه اعمال قوانین موضوعه هم به داوران می‌دهند (یعنی وضعیت دوم). اما زمانی که طرفین مایل‌اند علاوه بر حل‌وفصل اختلافشان، کماکان رابطه طولانی‌مدت و همکاری قراردادی‌شان را حفظ کنند، از

124. Christoph H. Schreuer, Loretta Malintoppi, August Reinisch and Anthony Sinclair, *op. cit.*, p. 636.

125. ICC Final Award in Case 12070, 2004, ICC Dispute Resolution Library, at: <http://library.iccwbo.org/dr-awards.htm> (Last visited: 2018/4/16).

126. *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 18, N. 1, 2007, p. 108.

۱۳۷. به‌طور مثال، در پرونده شماره ۹۶۵۵ دیوان داور ICC در نوامبر ۱۹۹۸ دیوان داور با استفاده از اختیار کدخدانمنشی،

میزان خسارت ناشی از تأخیر در انجام تعهد و تاریخ شروع پرداخت آن را بر اساس ملاحظات منصفانه تعیین کرد.

ICC Final Award in Case 9655, 1998, *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 18, N. 1, 2007, p. 108.

داوران می‌خواهند صرفاً بر مبنای اصول عدل و انصاف، اختلافات مطروحه فی‌مابین آن‌ها را حل‌وفصل کنند (یعنی وضعیت اول).

#### ۵. ضمانت اجرای تصمیم‌گیری بر مبنای انصاف بدون حصول شرایط مقرر

مسئله مهم دیگری که ذکر آن ضروری به نظر می‌رسد، مسئله ضمانت اجرای تصمیم‌گیری و صدور رأی بر مبنای انصاف، بدون توجه به شرایط مقرر در قواعد داوری است. ضمانت اجرای مهمی که در این خصوص در نظر گرفته شده، قابلیت ابطال رأی به درخواست یکی از طرفین اختلاف است. این امر در دو فرض قابل بررسی است.

#### ۵-۱. اعمال انصاف بدون اجازه طرفین

فرض نخست، حالتی است که طرفین اختلاف، به داوران اختیار اعمال انصاف را اعطا نکرده‌اند لیکن داوران بدون داشتن چنین اجازه‌ای از سوی طرفین، اقدام به رسیدگی بر مبنای انصاف می‌کنند. این امر به منزله تجاوز داوران از حدود اختیارات<sup>۱۲۸</sup> اعطاشده در رابطه با داوری بر مبنای انصاف تلقی می‌شود.<sup>۱۲۹</sup> همان‌طور که بیان شد، اجازه و توافق صریح طرفین، شرط اصلی و ضروری برای داوری بر مبنای انصاف است. بدین سبب، هرگونه تصمیم و رأی بر مبنای انصاف، بدون اجازه صریح و روشن طرف‌های دعوا می‌تواند به درخواست هریک از آن‌ها باطل شود.

این دیدگاه که تصمیم‌گیری بر اساس اصول عدل و انصاف، بدون اجازه طرفین می‌تواند موجب ابطال رأی شود، در دعوای شرکت کلاکتر علیه دولت کامرون<sup>۱۳۰</sup> مطرح شد. به‌موجب قرارداد فی‌مابین طرفین که در ۴ دسامبر ۱۹۷۱ به منظور تأمین و مدیریت یک کارخانه کود در کشور کامرون منعقد شد، شرکت مزبور متعهد به تأمین، تجهیز و مدیریت این کارخانه در مدت زمانی معین (پنج سال) شد و در مقابل، دولت کامرون نیز ضمن تهیه مکانی برای ساخت کارخانه و انجام پروژه، ضمانت پرداخت وام‌هایی را که توسط شرکت کلاکتر جهت تأمین هزینه‌های کارخانه اخذ می‌شد، بر عهده گرفت. توافق فوق‌الذکر متضمن هیچ‌گونه مقرره‌ای در خصوص انتخاب قانون ماهوی قابل اعمال یا اختیار تصمیم‌گیری بر مبنای انصاف نبود. مدتی بعد به‌واسطه بروز مشکلاتی در انجام پروژه، دولت کامرون قرارداد را فسخ کرد. پس از آن، جریان

128. Excess of powers

129. Hilgard Mark and Elisia Bruder, Ana, *op. cit.*, p. 59.

130. *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and Others v. United Republic of Cameroon* (ICSID Case No. ARB/81/2). Award on the merits: October 21. 1983, Decision on Annulment: May 3. 1985. Reports of Cases decided under the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States. 1965 (ICSID Reports), vol. 2, 1994, A Publication of the Research Center for International Law, University of Cambridge. pp. 3-163 and at: <https://icsid.worldbank.org/> (Last visited: 2018/4/16).

داوری به درخواست شرکت کلاکتر و با ادعای دریافت خسارات و هزینه‌های انجام‌شده برای پروژه در دیوان داوری/یکسید و در آوریل ۱۹۸۱ آغاز شد.<sup>۱۳۱</sup> دولت کامرون در پاسخ به ادعای شرکت کلاکتر بیان کرد: شرکت خواهان عمداً از ارائه اطلاعات لازم جهت انجام موضوع قرارداد خودداری کرده و همین امر موجب شد تا دولت طرف قرارداد، هزینه‌های بسیاری را متحمل شود و در نتیجه، ادامه انجام پروژه منتفی شود.<sup>۱۳۲</sup> هیئت داوری بعد از آنکه مطابق با بند ۱ ماده ۴۲ کنوانسیون/یکسید، قانون دولت کامرون را (که مبتنی بر قانون فرانسه است) به‌عنوان قانون قابل اعمال تعیین کرد،<sup>۱۳۳</sup> اظهار داشت:

«اشخاصی که در رابطه قراردادی متعهد می‌شوند... باید [در انجام تعهدات متقابل] نسبت به یکدیگر رفتار صادقانه داشته باشند... این معیار و ضابطه در هر رابطه قراردادی ساده و به‌ویژه در روابط تجاری پیچیده، مانند قرارداد حاضر، لازم است.»<sup>۱۳۴</sup> بر همین مبنا، دیوان داوری حکم داد که شرکت طرف قرارداد، تعهدات اساسی خود را نقض کرده است. لیکن به درخواست شرکت خواهان، رأی صادره به دلیل تجاوز داور از حدود اختیارات خود به‌طور کامل توسط کمیته خاصی که برای رسیدگی به درخواست ابطال تشکیل شده بود، باطل شد.<sup>۱۳۵</sup> کمیته رسیدگی‌کننده به درخواست ابطال، بین دو حالت اشتباه محض در اعمال قانون منتخب طرفین و عدم اعمال قانون تعیین‌شده در توافقتنامه داوری، قائل به تمایز شد.<sup>۱۳۶</sup> کمیته مزبور معتقد بود که هیئت داوری جهت تصمیم‌گیری در این پرونده، از هیچ قاعده قانونی استفاده نکرده و بر اساس انصاف تصمیم گرفته است، در حالی که از او خواسته شده بود بر مبنای قانون رسیدگی کند. این کمیته صریحاً اعلام کرد: «آیا اصول اشاره‌شده در متن رأی، یکی از قواعد قانون مدنی فرانسه است؟ هنگام خواندن [قسمت توجیهی] رأی مشخص می‌شود که این حکم متضمن هیچ قاعده قانونی، آرای سابق [داوری] یا عقاید و دکترین حقوقی نیست، بلکه با کمی تأمل و دقت معلوم می‌شود که رأی و مبنای آن، بسیار به اعمال انصاف و اقدام به‌طور کدخدانمشی شبیه است.»<sup>۱۳۷</sup> به عبارت روشن‌تر، کمیته مزبور معتقد بود که رأی صادره بر مجموعه‌ای از اعلامیه‌ها و اصول کلی مبهم و نه قانون قابل اعمال (یعنی قانون دولت کامرون) مبتنی شده است. نهایتاً کمیته رسیدگی‌کننده به درخواست ابطال نتیجه گرفت که دیوان، خارج از چارچوب و حدود مقرر در بند ۱ ماده ۴۲ کنوانسیون/یکسید عمل کرده است. بدین ترتیب، رأی وفق بند ۲ ماده ۵۲ کنوانسیون/یکسید

131. Award of Oct. 21, 1983, ICSID Reports, vol. 2, 1994, pp. 4-5.

132. *Ibid.*, p. 60.

133. *Ibid.*, p. 59.

134. *Ibid.*

135. Decision on Annulment, May 3, 1985, ICSID Reports, vol. 2, 1994, p. 121.

136. *Ibid.*, p. 119.

137. *Ibid.*, p. 122.

به‌طور کامل باطل شد.<sup>۱۳۸</sup>

به همین ترتیب، در پرونده شرکت *MINE* علیه کشور گینه<sup>۱۳۹</sup> کمیته *ad hoc* ضمن تأکید بر این امر که تصمیم‌گیری بر اساس انصاف، بدون داشتن چنین اختیاری مشمول خروج از حدود اختیارات، یعنی قسمت دوم از بند ۱ ماده ۵۲ کنوانسیون/یکسید می‌شود، اعلام کرد: «...تصمیم و حکمی که مبتنی بر قواعد قانونی نیست باعث ابطال رأی خواهد شد مگر آنکه بر تصمیم‌گیری مطابق با اصول عدل و انصاف، توافق شده باشد».<sup>۱۴۰، ۱۴۱</sup> نمونه دیگر در دعوی شرکت ترکی پابلاک علیه شرکت فرانسوی *نرسلر* دیده می‌شود.<sup>۱۴۲</sup> در این پرونده، بخشی از رأی صادره به نفع شرکت پابلاک به دلیل تجاوز داوران از حدود اختیارات خود و ابتدای رأی بر اصول انصاف به‌جای اصول و قواعد قانونی توسط دادگاه پژوهش وین (دادگاه محل صدور رأی) در تاریخ ۲۹ ژانویه ۱۹۸۲ باطل شد.<sup>۱۴۳</sup> به‌علاوه، در پرونده *Hewitt v. Mckensey*<sup>۱۴۴</sup> خواهان، ابطال رأی داوری را به دلیل تصمیم‌گیری به‌طور کدخدانمشی بدون اجازه طرفین از دیوان عالی استرالیا تقاضا کرد. در حالی که داور منفرد معتقد بود طرفین به او اجازه اعمال انصاف را داده‌اند، خواهان وجود چنین توافقی را انکار کرد. پس از بررسی اوضاع و احوال، قاضی پذیرفت که مدرک و سند قابل قبولی مبنی بر توافق طرفین وجود ندارد.

138. *Ibid.*, p. 125.

139. *Maritime International Nominees Establishment (MINE) v. The Republic of Guinea*, Award: 6 January 1988, Decision on Annulment, 14 December 1989, At: ICSID Report, vol. 4, 1997, pp. 3-116.

140. ICSID Report, vol. 4, 1997, p. 87, para. 5.03.

۱۴۱. در پرونده شرکت *آماکو* علیه دولت اندونزی در دیوان داوری/یکسید، کمیته *ad hoc* نظر مشابهی نیز بیان کرده بود: «...تصمیم‌گیری مطابق با اصول عدل و انصاف [بدون اجازه طرفین] به دلیل خروج آشکار از حدود اختیارات قابل ابطال خواهد بود. در جایی که دیوان داوری در موضوع اختلاف، به‌جای اعمال قانون، بر اساس اصول عدل و انصاف اقدام می‌کند، بطلان رأی نتیجه مناسبی است».

*Amaco v. Indonesia*, Award on the Merit: 20 November 1984, Decision on Annulment: 16 May 1986, at: ICSID Reports, vol. 1, 1993, p. 517, para. 28.

142. *Pablak Ticaret Sirketi v. Norsolor S.A. Court de Cassation*, 9 October 1984, case number: 83-11.355. [http://www.newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice\\_display&id=118&seule=1](http://www.newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice_display&id=118&seule=1) (Last visited: 2018/4/16).

۱۴۳. لازم به ذکر است که دیوان تمیز فرانسه با استناد به ماده ۷ کنوانسیون نیویورک، ابطال بخشی از رأی را در دادگاه پژوهش وین، مانعی برای شناسایی و اجرای رأی در فرانسه ندانست. در خصوص امکان یا عدم امکان شناسایی و اجرای رأی داوری ابطال شده، ن.ک: محمدعلی بهمنی و فیض‌الله جعفری؛ «رویه قضایی فرانسه و اجرای رأی داوری ابطال شده در محل صدور»، مجله تحقیقات حقوقی، ویژه‌نامه شماره ۷، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، صص. ۱۳۳-۱۷۸؛ لعیا جنیدی؛ «مسئله اجرای رأی داوری ابطال شده»، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۳۸، شماره ۴، زمستان ۱۳۸۱.

144. *Hewitt v. Mckensey* [2003] NSWSC 1186 (16 December 2003), at: (Supreme Court of New South Wales) <http://www8.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdoc/au/cases/nsw/NWSC/2003/1186.html> (Last visited: 2018/4/16).

## ۲-۵. عدم اعمال انصاف با وجود دستور طرفین

فرض دوم این است که علی‌رغم اینکه داوران از سوی طرفین به‌طور صریح و روشن، مأموریت یافته‌اند و مکلف شده‌اند موضوع اختلاف را منحصرأ بر اساس انصاف حل‌وفصل کنند، آن‌ها بر مبنای قواعد و معیارهای قانونی تصمیم می‌گیرند. در این صورت، به دلیل عمل کردن خارج از حدود اختیارات محوله و نیز عدم انجام تعهد و وظیفه تعیین‌شده، رأی داوران به درخواست یکی از طرفین در معرض ابطال قرار خواهد گرفت.<sup>۱۴۵</sup>

### نتیجه

با توجه به غالب قواعد داوری و نظرات نویسندگان، تصمیم‌گیری و صدور رأی مطابق با قواعد قانون قابل اعمال به‌عنوان قاعده در داوری تجاری بین‌المللی پذیرفته شده و داوری بر مبنای انصاف به‌طور استثنا پذیرفته شده است. همچنین داوران کدخدامنش از اجرای مجموعه قواعد دقیق و ازپیش‌تعیین‌شده قانونی معاف هستند و بر اساس اصول عدل و انصاف و اوضاع‌واحوال هر قضیه رسیدگی می‌کنند. به همین دلایل، داوری کدخدامنشانه فقط در صورتی امکان‌پذیر است که طرفین اختلاف به‌طور صریح، واضح و بدون ابهام، اختیار اعمال انصاف را ضمن توافقنامه داوری یا در جریان رسیدگی‌های دیوان، قبل از صدور رأی به داوران اعطا کرده باشند. توجه به این نکته ضروری است که در اینجا منظور از قواعد دقیق قانونی، مقررات ماهوی قانون قابل اعمال است نه قوانین شکلی. مسئله امکان یا عدم امکان نادیده‌گرفتن قوانین شکلی همچون قواعد و مقررات ماهوی، توسط داوران کدخدامنش و مجاز به اعمال انصاف، نیاز به بحث دقیق و جداگانه‌ای دارد.

لازم به ذکر است که امروزه توافق طرفین اختلاف، تنها شرط ضروری برای تصمیم‌گیری به‌طور کدخدامنشی است و در بسیاری از قواعد و قوانین داوری (اعم از قواعد بین‌المللی و قوانین ملی) پذیرفته شده است. به‌علاوه، حتی اگر طرفین به هر دلیلی موفق به انتخاب قانون ماهوی قابل اعمال بر ماهیت دعوا نشده باشند و داوران باید قانون حاکم بر موضوع اختلاف را تعیین کنند، آن‌ها نمی‌توانند بدون داشتن اجازه از سوی طرفین، به خود اختیار کدخدامنشی بدهند. در واقع، در هیچ صورت و فرضی، داوری کدخدامنشانه و ابتدای رأی بر اساس انصاف، بدون اجازه و توافق طرفین، قابل تصور نخواهد بود. همچنین، بررسی رویه و آرای داوری نشان می‌دهد که اختیار تصمیم‌گیری و صدور حکم بر اساس اصول عدل و انصاف، مانع اعمال قانون قابل اعمال از سوی دیوان داوری نسبت به برخی ابعاد و جنبه‌های ماهیت اختلاف نمی‌شود و طرفین می‌توانند ضمن اعطای اختیار اعمال انصاف نسبت به بخشی از موضوع اختلاف، قانونی را

145. Dumisc, Amir, *op. cit.*, p. 36.

انتخاب کنند که داوران را ملزم کند.<sup>۱۴۶</sup> در این صورت، داوران مجاز به اعمال انصاف می‌توانند برخی جنبه‌های اختلاف مطروحه را بر اساس قواعد و معیارهای قانونی حل و فصل کنند. برعکس، زمانی که داوران از سوی طرفین مأموریت یافته‌اند تا منحصراً بر اساس اصول عدل و انصاف و کدخدانسانه عمل کنند، مکلف‌اند که با نادیده‌گرفتن قواعد دقیق قانونی و بدون هیچ‌گونه استنادی به قوانین موضوعه، راه‌حل منصفانه‌ای را برای موضوع اختلاف جستجو کنند. در غیر این صورت، آن‌ها برخلاف خواست طرفین و وظایف محوله عمل کرده‌اند و رأی آن‌ها به سبب خروج از حدود اختیارت، قابل ابطال خواهد بود. وضعیت اخیر به‌طور معمول در جایی دیده می‌شود که طرفین قرارداد سرمایه‌گذاری طولانی‌مدت، تمایل دارند ضمن حل اختلاف خود به شیوه دوستانه، منعطف و در عین حال، الزام‌آور، به روابط قراردادی خود ادامه دهند. البته داوران تحت هیچ شرایطی نمی‌توانند برخلاف قوانین آمره و نظم عمومی نظام‌های قانونی که نزدیک‌ترین ارتباط را با مسئله قضیه دارند، عمل کنند. همچنین باید افزود، زمانی که داوران بدون تحقق شرط لازم برای داوری کدخدانسانه یعنی اجازه و توافق طرفین، اقدام به رسیدگی بر مبنای انصاف می‌کنند، رأی آن‌ها به علت عمل کردن خارج از حدود اختیارات نیز قابل ابطال خواهد بود.

۱۴۶. چنین وضعیتی را در حوزه داوری بر مبنای انصاف، اصطلاحاً dépeçage می‌گویند.

**منابع:**

**الف. فارسی**

**- کتاب**

- شیروی، عبدالحسین؛ *داوری تجاری بین‌المللی*، سمت، ۱۳۹۱.
- کلانتریان، مرتضی؛ *داوری، بررسی مهم‌ترین نظام‌های حقوقی جهان*، دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی، ۱۳۷۴.

**- مقاله**

- بهمنی، محمدعلی و فیض‌الله جعفری؛ «رویه قضایی فرانسه و اجرای آرای داورى ابطال شده در محل صدور»، *مجله تحقیقات حقوقی*، ویژه‌نامه شماره ۷، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۰.
- جنیدی، لعیا؛ «مسئله اجرا آرای داورى ابطال شده»، *مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی*، دوره ۳۸، شماره ۴، زمستان ۱۳۸۷.
- حمیدیان، فاطمه، مرتضی شهبازی‌نیا و فیض‌الله جعفری؛ «مطالعه تطبیقی ارتباط مفهومی و کاربردی الفاظ متعدد در داورى‌های دوستانه و کدخدانسانه»، *مجله پژوهش‌های حقوق تطبیقی*، دوره ۲۱، شماره ۱، بهار ۱۳۹۶.
- خمایی‌زاده، فرهاد؛ «قواعد غیردولتی به‌عنوان قانون حاکم بر قرارداد»، *مجله تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی*، شماره ۴۳، بهار- تابستان ۱۳۸۵.
- شهبازی‌نیا، مرتضی، فیض‌الله جعفری و فاطمه حمیدیان؛ «تحلیل مفهومی داورى بر مبنای انصاف و نهادهای مرتبط»، *فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی*، دوره ۴۷، شماره ۲، تابستان ۱۳۹۶.
- علیدوستی شهرکی، ناصر؛ «انصاف در حل اختلافات سرمایه‌گذاری خارجی»، *مجله حقوق و علوم سیاسی*، دوره ۴۰، شماره ۳، پاییز ۱۳۸۹.
- میرعباسی، سیدباقر و رضوان باقرزاده؛ «نقش انصاف در حل و فصل اختلافات بین‌المللی»، *فصلنامه حقوق*، *مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران*، دوره ۴۰، شماره ۲، تابستان ۱۳۸۹.

**- پایان‌نامه**

- جعفری، فیض‌الله؛ *جایگاه مقرر در داورى تجاری بین‌المللی*، رساله دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۹.

۳۵۳ ❖ بررسی تحلیلی - تطبیقی شرایط اعمال انصاف در داوری‌های تجاری بین‌المللی

- حمیدیان، فاطمه؛ نقش انصاف در داوری تجاری بین‌المللی، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشکده حقوق دانشگاه تربیت مدرس، ۱۳۹۴.
- رضوی‌زادگان، محمدرضا؛ انصاف و جایگاه آن در حل اختلافات بین‌المللی، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق بین‌الملل، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۷۴.
- نمودیان، افشین؛ نظام حل‌وفصل اختلافات تحت کنوانسیون ۱۹۶۵ واشنگتن، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق بین‌الملل، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۷۶.

ب. انگلیسی

- Books

- Begic, Taida, *Applicable Law in International Investment Disputes*, Boom Eleven International, 2005.
- Born, Gary, *International Commercial Arbitration: International and USA Spectscmentary and Materials*, Kluwer Law International, 2<sup>nd</sup> Edition, 2001.
- Christoph H. Schreuer, Loretta Malintoppi, August Reinisch and Anthony Sinclair, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, 2<sup>nd</sup> Edition. 2009.
- Clyed Croft; Cristopher Kee; Jeff Waincymer, *A Guide to the UNCITRAL Arbitration Rules*, Cambridge University Press, 1<sup>st</sup> Edition. 2013.
- Delvolve, Jean- Louise, Rouche, Jean and Gerald H., *French Arbitration Law and Practice: A Dynamic Civil Law Approach to International Arbitration*, Kluwer Law International, 2<sup>nd</sup> Edition. 2009.
- D. M. Lew Julian, *Contemporary Problems in International Arbitration*, Springer Science & Business Media, Queen Mary College, University of London, Centre for Commercial Law Studies, 1987.
- Fry, Jason; Greenberg, Simon; Mazza, Francesca; Moss, Benjamin, *The Secretariat's Guide to ICC Arbitration: A Practical Commentary on the 2012 ICC Rules of Arbitration from the Secretariat of the ICC International Court of Arbitration*”, International Chamber of Commerce (ICC), 2010.
- Mauro Rubino-Sammartano, *International Arbitration Law and Practice*, 3<sup>rd</sup> Edition, Kluwer Law International, 2014.
- Mauro Rubino-Sammartano, *Amiable Compositeur (Joint Mandate to Settle) and Ex Bono et Aequo (Discretionary Authority to Mitigate Strict Law): Apparent Synonyms Revisited*, Kluwer Law International, vol. 9, No. 1, 1992.
- Poudret, Jean-Francois and Besson, Sebastian, *Comparative Law of International Arbitration*, Sweet and Maxwell, 2<sup>nd</sup> Edition. 2007.
- Redfern, Aland and Hunter, Martin, *Law and Practice of International*

*Commercial Arbitration*, Sweet & Maxwell, 2<sup>nd</sup> Edition, 1991.

- Sigvard, Jarvin and Yves Derains, *Collection of ICC Arbitral Awards 1974-1985*, Kluwer Law and Taxation Publishers Deventer, Boston. 1990.
- Simon Greenberg, Christopher Kee, J. Romesh Weeramantry, *International Commercial Arbitration: An Asia-pacific Perspective*, Cambridge University Press, First Published in 2011.
- Steven Finizio, Wendy Miles, *The International Comparative Legal Guide to International Arbitration 2009* (The International Guide Series, Global Legal Group Ltd, 2009, 6<sup>th</sup> Edition.

**- Articles**

- Belohlavek Alexander J., “Application of Law in Arbitration, Ex Aequo et Bono and Amiable Compositeur”, *CYArb-Czch & Central European Yearbook of Arbitration*, vol. 3, 2013.
- Btaszczak, Lukas and Kolber, Joanna, “General Principles of Law and Equity as a Basis for Decision-Making in Arbitration”, *Comparative Law Review*, vol. 15, 2013.
- Chukwumerije, Okezie, “Applicable Substantive Law in International Commercial Arbitration”, *Anglo-American Law Review*, vol. 23, 1994.
- Dumisic, Amir, “Advantages of Amicable International Arbitration: Characteristics and Scope of Arbitration Powers”, 2009, At: <http://urn.nb.no/URN:NBN:no-22369> (Last visited: 2018/4/16).
- Edouard, Bertrand, “Under What Circumstances Is It Suitable to Refer Disputes to Amiable Composition”? *International Business Law Journal*, vol. 5.
- Francioni, Francesco, “Equity in International Law”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. 6, 2013.
- Herboczkova, Jana, “Amiable Composition in the International Commercial Arbitration”, *Law Faculty of the Masaryk University*, 2008, At: [https://www.law.muni.cz/sborniky/cofola2008/files/pdf/mps/herboczkova\\_jana.pdf](https://www.law.muni.cz/sborniky/cofola2008/files/pdf/mps/herboczkova_jana.pdf) (Last visited: 2018/4/16).
- Hilgard Mark and Elisia Bruder, Ana, “Unauthorised Amiable Compositeur?” *Disp. Resol. International*, vol. 8, N. 1, 2014.
- Kiffer, Laurence, “Amiable Composition and ICC arbitration”, *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 18, N. 1, 2007.
- Kiffer, Laurence, “Nature and Content of Amiable Composition”, *International Business*, vol. 5, 2008.
- Manarakis, Sergios, “Applying the Applicable Law the Ex Aequo et Bono Provision of the FAT Rules”, *International Sports Law Review Pandektis (ISLR/Pandektis)*, vol. 9, 2011.
- Maniruzzaman, A. F. M., “The Arbitrator’s Prudence in Lex Mercatoria: Amiable Composition and Ex Aequo et Bono in Decision Making”, *Mealey’s International Arbitration Report*, vol. 18, No. 12, 2003.

- Raffa, Mohamed, "Amiable Composition and Arbitration *ex aequo et bono*", 2013, at: <https://works.bepress.com/mohamedraffa/2/>(Last visited: 2018/4/16).
- Sampaio Caramelo, António, "Arbitration in Equity and Amiable Composition under Portuguese Law", *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law Online, vol. 25, N. 1, 2005.
- Schreuer, Christoph, "Decisions Ex Aequo et Bono under the ICSID Convention", *ICSID Review Foreign Investment Law Journal*, vol. 11, N. 1, p. 42.
- Trakman Leon, "*ex aequo et bono*: De-Mystifying an Ancient Concept", *Chicago Journal of International Law*, vol. 8, N. 2, 2008.
- Vuillard, Emmanuel and Agenheim, Alexandre, "Why Resort to Amiable Composition", *International Business*, vol. 5, 2008.
- Weinberg, Karyn S., "Equity in International Arbitration: How Fair is Fair- A Study of *Lex Mercatoria* and Amiable Composition", *Boston University International Law Journal*, vol. 12, 1994.
- Yu, Hong-lin, "Amiable Composition- A Learning Curve", *Journal of International Arbitration*, vol. 17, N. 1, 2000.

- Cases

- *Ad hoc Arbitral Tribunal: Partial Award and Final Award in the Matter of an Arbitration between Wintershall A.G., et al., and the Government of Qatar* (exploration and production sharing agreement).
- *AGIP Spa v. the Government of the People's Republic of the Congo*, Award No. 30, 1979, 1 ICSID Rep. 306-329.
- *Amaco v. Indonesia*, Award on the Merit: 20 November 1984, Decision on Annulment: 16 May 1986, 1 ICSID Rep. 376-642.
- *Government of Koweit v. American Independent Oil Company (Aminoil)*, *Ad hoc Arbitral Tribunal*, 24 March, 1982.
- Arbitral Award 0117/10 FAT, 2010.
- *Atlantic Triton Company v. People's Revolutionary Republic of Guinea*, Award of Arb. 21, 1986, 3 ICSID Rep. 3-44.
- *Benvenuti and Bonofant v. the Government of the People's Republic of the Congo*, Award of Aug. 15, 1980, 1 ICSID Rep. 330-367.
- *Hewitt v. Mckensey* [2003] NSWSC 1186(16 December 2003)
- ICC Case No. 3380, 29 November 1980, At: Collection of ICC Arbitral Awards 1974-1985.
- *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and Others v. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais* (ICSID Case No. ARB/81/2) October 21, 1983, 2 ICSID Rep. 3-163.
- *Libyan American Oil Company (Liamco) v. The Government of the Libyan Arab Republic*, 12 April, 1977.

- *Maritime International Nominees Establishment (MINE) v. The Republic of Guinea*, Award: 6 January 1988, Decision on Annulment, 14 December 1989, 4 ICSID Rep. 3-116.
- *Pablak Ticaret Sirketi v. Norsolor S.A.*, Court de Cassation, 9 October 1984, Case number: 83-11.355; available at: [http://www.newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice\\_display&id=118&seule=1](http://www.newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice_display&id=118&seule=1)(Last visited: 26/9/2016).
- *The Halbout & société Matenec HG v. Epoux Hanin*, Award N. 192, February 15, 2001.

**- International Instruments**

- ICC International Court of Arbitration Bulletin, vol. 18 , N. 1, 2007.
- ICSID Reports, vol. 1, A publication of the research center for International Law, University of Cambridge, 1993.
- ICSID Reports, vol. 2, A publication of the research center for International Law, University of Cambridge, 1994.
- ICSID Reports, vol. 3, A publication of the research center for International Law, University of Cambridge, 1995.
- ICSID Reports, vol. 4, A publication of the research center for International Law, University of Cambridge, 1997.
- International Legal Materials, vol. 20, Issue 1, January 1981.
- International Legal Materials, vol. 21, Issue 5, September 1982.
- International Legal Materials, vol. 28, Issue 4, July 1989.

**- Award**

- ICC Final Award in Case 7913, 1996.
- ICC Final Award in Case 9655, 1998.
- ICC Final Award in Case 9669, 1998.
- ICC Final Award in Case 10049, 2003.
- ICC Final Award in Case 11934, 2004.
- ICC Final Award in Case 12070, 2004.
- ICC Final Award in Case 12772, 2004.

**- Websites**

- Basketball Arbitral Tribunal (BAT), <http://www.fiba.com/bat/awards> (Last visited: 2018/4/16).
- ICC Dispute Resolution Library, <http://library.iccwbo.org/dr-awards.htm>. (Last visited: 2018/4/16).
- Supreme Court of New South Wales, <http://www.austlii.edu.au> (Last visited: 2018/4/16).
- <http://newyorkconvention1958.org> (Last visited: 2018/4/16).