

داوری منصفانه در دعاوی تجاری بین‌المللی

سید محمد تقی علوی*

بهزاد آهنگری**

مهسا دهینی***

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۰۶/۳۰ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۱۲/۲۳

چکیده

امروزه اهمیت جایگاه داوری به عنوان یکی از شیوه‌های اصلی حل و فصل اختلافات طرفین قرارداد در تجارت بین‌الملل امری انکارناپذیر است. پندار رویه داوری بین‌المللی این است که مقررات موضوعه تا حدود زیادی عادلانه و منصفانه است، اما به دلایلی نظیر توسعه روزافزون روابط بین‌المللی و تنوع اوضاع و احوال محیط بر آن‌ها، شاید نتوان همواره راه حل ناشی از اعمال دقیق مقررات موضوعه را برای دعاوی مطروحه منصفانه تشخیص داد. بنابراین درجه‌ای از انعطاف‌پذیری در نظام حل و فصل اختلافات بین‌المللی ضروری می‌نماید و به نظر می‌رسد دستیابی به این مهم بدون استفاده از اصل انصاف میسر نباشد. رعایت انصاف پایه‌ای است برای صدور رأی توسط مرجع بین‌المللی و به عنوان وسیله‌ای برای تکمیل قواعد حقوقی، معاهدات و عرف که معمولاً از آنها برای تصمیم‌گیری استفاده می‌گردد، اما یک پرونده فقط با رضایت طرفین دعاوی مطرح شده می‌تواند بر اساس عدل و انصاف حل و فصل شود. در مواردی که داور بر اساس عدل و انصاف اتخاذ تصمیم می‌نماید، باید از اعمال بخشی از مفاد قرارداد یا قاعده حقوقی حاکم که نتیجه ناعادلانه به بار می‌آورد، خودداری کند. در این نوع داوری، داور مکلف به اجرای مرقانون نیست، بلکه ممکن است در اعمال انصاف، از آن عدول کند.

واژگان کلیدی: داوری؛ انصاف؛ تجاری؛ بین‌المللی.

* استاد دانشکده حقوق و علوم اجتماعی دانشگاه تبریز.

alavi@tabrizu.ac.ir

** دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه اصفهان (نویسنده مسئول).

ahangari.behzad@gmail.com

*** دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه اصفهان.

mahsadehini@gmail.com

مقدمه

انصاف در لغت مصدر است و به معنای دادگری و عدل و داد کردن است (عمید، ۱۳۶۰، ص ۲۴۹). در حقوق ایران برخی نویسندگان انصاف را زیر عنوان «قاعده عدل و انصاف» در شماره قواعد فقهی آورده‌اند. بنابراین انصاف، اصل و قاعده‌ای کلی است که رعایت آن توسط رسیدگی‌کنندگان به اختلاف اعم از مراجع قضایی و غیر قضایی مانند داوری توصیه می‌شود (علیدوستی شهرکی، ۱۳۸۹، ص ۲۱۶). در مورد مفهوم و چگونگی کاربرد انصاف در داوری‌های تجاری بین‌المللی تفاسیر مختلفی ارائه شده است؛ چراکه در مورد آن، تعریف و ضابطه یکسانی که از سوی مراجع بین‌المللی مورد قبول باشد وجود ندارد. چگونگی اعمال انصاف در داوری‌های تجاری بین‌المللی کمتر مورد توجه قرار گرفته است.

در عرصه بین‌المللی، قوانین و قواعد کلی وضع شده تا اینکه دست‌اندرکاران حقوق بین‌الملل با استناد به آنها مشکلات ناشی از روابط و قراردادهای موجود را حل و فصل کنند. با توجه به یکسان نبودن ماهیت مشکلات و اختلافات ممکن است ایراد شود که چگونه می‌توان با استفاده از یک قاعده کلی، مشکلات متنوع پیش آمده را حل و فصل کرد؟

بنا به شهادت تاریخ، عدالت نوعی هیچ‌گاه به تنهایی پاسخگو نبوده و در عین حال بی‌عدالتی زخمی است که هرگز التیام نمی‌پذیرد و همواره انصاف به عنوان ابزاری جهت کاستن حداکثری فاصله بین عدالت حقوقی محض و عدالت واقعی در موارد ضروری مطمح نظر قرار گرفته و با وجود اختلاف نظرات، به عنوان یک جزء انکارناپذیر در مجامع حقوقی شناسایی شده و به‌خصوص در جامعه بین‌المللی به عنوان یک عنصر پویا و انعطاف‌بخش در راستای قدرت قانع‌کنندگی صادره، افزایش سهولت کار و اعتبار اسناد و مراجع و ... همواره مقبول و حتی ضروری شمرده شده است؛ زیرا تلاش برای کامل بودن مقررات حقوق بین‌الملل که مقدمه جهانی شدن آن است، کاستی‌هایی را به همراه داشته و انصاف به عنوان راهکاری برای رفع این مشکلات مطرح شده است. پرسش‌های زیادی در این مورد مطرح می‌باشد از جمله اینکه مبنای حاکمیت انصاف در داوری‌های تجاری بین‌المللی چیست؟ داوران در مراجعه به انصاف چه اصولی را باید رعایت کنند؟ نقش انصاف در توسعه حقوق بین‌الملل چگونه ارزیابی می‌شود؟ و پرسش‌هایی از این قبیل که در پایان پاسخ مناسب آنها داده خواهد شد.

۱. انصاف در داوری تجاری بین‌المللی

امروزه در حل و فصل اختلافات بین‌المللی، اصل انصاف توسط داوران مورد توجه واقع می‌شود، به خصوص آنجا که طرفین اختلاف خواهان اعمال این اصل بوده باشند. در مواردی نیز که طرفین فاقد موافقت‌نامه برای حل و فصل اختلافات خود باشند ممکن است این اختیار را به داوری بین‌المللی یا مرجع قضایی بین‌المللی واگذار نمایند. انصاف یکی از اصول کلی حقوقی است که به تنهایی یا همراه دیگر منابع حقوق برای رفع منازعه ارجاعی به قاضی یا داور مورد استفاده قرار می‌گیرد و اختلافات فی‌مابین بر اساس همین اصول کلی حقوقی حل و فصل می‌گردد. شروط انصاف به‌ویژه در قراردادهای منعقد شده بین یک دولت از یک سو و با شرکت خارجی از سوی دیگر یافت می‌شود (کریمی‌نیا، ۱۳۸۰، ص ۲۸). البته در کشورهایی که امکان انصراف از قواعد حقوقی را در تصمیمات داوری به رسمیت نمی‌شناسند، تصمیم‌گیری بر اساس عدل و انصاف با مشکلات صلاحیتی مواجه می‌شود. در قانون داوری ۱۹۹۶ انگلستان (ماده ۴۶) امکان انصراف از قواعد حقوقی را در تصمیم‌گیری داوران پیش‌بینی کرده‌اند.

«دیوان داوری می‌تواند اختلافات را بر اساس سایر ملاحظات حل و فصل نماید، مشروط بر اینکه طرفین بدان توافق کرده و یا دیوان داوری به آن رسیده باشد» (امیرمعزی، ۱۳۸۷، ص ۴۴۳). در کنوانسیون نیویورک قانون داوری نمونه آنسیترال، کوشش شده روند داوری بین طرفین عادلانه و منصفانه باشد. «در اینکه داورها می‌توانند از به‌کارگیری قواعد حقوقی محض برای رسیدن به راه حل عادلانه‌تر عدول نمایند در این شیوه از راه حل و فصل اختلافات دو دیدگاه وجود دارد: الف) نتیجه‌ای که از اعمال قواعد حقوقی محض عاید می‌شود را با اماره عام دایر بر اینکه طرفین قصد داشته‌اند قرارداد فی‌مابین عوض در برابر معوض یا چیزی در برابر چیز دیگر باشد، می‌توان مقایسه نموده و ریسک ناشی از این معامله را هر دو طرف به طور مساوی متحمل شوند. طرفین بر اساس حسن نیت قرارداد را اجرا می‌کنند. ب) داور با رفتار میانجی‌گرانه یا کدخدامنشانه در مقام یافتن راه حل تجاری است که به نوبه خود، جوی دوستانه و مسالمت‌آمیز میان طرفین به وجود می‌آورد و بدین وسیله خصوصیات خشک و خشن راه حل قضایی اختلافات را به نفع جنبه‌های فنی و روانی و تجاری کاهش می‌دهد» (امیرمعزی، ۱۳۸۷، ص ۴۳۵).

۲. انصاف به عنوان منبع حقوق بین‌الملل

انصاف به عنوان منبع مکمل حقوق در دو صورت مورد استفاده قرار می‌گیرد (مجتهدی، ۱۳۸۱، ص ۱۱۹):

الف) در صورت عدم کفایت حقوق موضوعه؛

ب) در صورت سکوت حقوق موضوعه.

«در حال حاضر انصاف به منزله یک قاعده حقوقی می‌تواند منشأ اثر گردیده و تحت عنوان یک منبع غیر مستقیم حقوق بین‌الملل مورد استفاده قرار گیرد با این توضیح که در مواردی اگر قواعد حقوقی دارای نقص باشند، آن را تکمیل و حتی در صورتی که در پاره‌ای موارد سکوت یا خلأیی در این زمینه مشهود باشد، آن را پر می‌نماید و از این جهت است که از اصل انصاف به عنوان مکمل و متمم حقوق بین‌الملل یاد می‌شود» (مجتهدی، ۱۳۸۱، ص ۱۲۰).

بند دوم ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری به دیوان این اختیار را داده که بتواند به دعاوی مطرح در نزد خود، بر اساس اصل انصاف رسیدگی نماید، البته مشروط به اینکه طرفین دعوا موافق باشند. این یک حقیقت است که هدف و آماج غایبی از وضع قوانین و مقررات عموماً تأمین عدل و قسط است، لکن باید این واقعیت را هم اذعان کرد که در هر قانون و مقررات تحقق چنین هدفی شاید چندان امکان‌پذیر نباشد. لذا برای اینکه میان اجرای قانون و تأمین عدالت فاصله‌ها برداشته شود یا به حداقل رسانده شود، ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری در بند ۲ به این دیوان اختیار داده که در صورت تراضی طرفین اختلاف، رسیدگی خود را بر اساس عدالت و انصاف انجام دهد. این نوع اشتراط زمینه تردید و تشکیک را در تلقی آن به عنوان یک منبع زیاد کرده است، اما در هر حال تحت عنوان یک منبع فرعی می‌تواند به موجودیت خود همچنان ادامه دهد؛ ولی اختیاری شدن آن باعث شده در دیوان در این زمینه رویه‌ای تشکیل و تدوین نشود. با توجه به اینکه اصل انصاف در معنی و مفهوم تکنیکی و فنی آن با مفهوم عدالت یکسان است، کسانی که این اصل را به عنوان یک منبع برای حقوق بین‌الملل می‌نگرند اغلب به حقوق طبیعی متوسل می‌شوند و ارتباط منطقی سه اصطلاح انصاف و عدالت و حقوق طبیعی را عموم و خصوص من وجه می‌دانند و به همین سبب با هم تداخل دارند. بعضی از اساتید حقوق اصل انصاف را به خاطر اینکه در حل و فصل اختلافات جایگزین قواعد موضوعه و اصول کلی عرف می‌گردد، به عنوان

منبع فرعی می‌دانند؛ چراکه زمان رجوع به آن نیز در مرحله بدوی قرار ندارند؛ یعنی اول باید سایر منابع که به عنوان اصلی مطرح هستند در نظر گرفته شوند، سپس اصل انصاف معمول گردد. هر موقع که یک قاضی قاعده‌ای را به عنوان انصاف یا عدالت توصیف می‌کند، نمی‌توان اقدام او را حمل بر اینکه انصاف یکی از منابع اصلی حقوق بین‌الملل است، نمود. حقوقدانان و قضات دادگاه‌های داخلی اغلب وقتی به ملاحظات انصاف و عدالت متوسل می‌شوند که در مجوزات حقوقی اختلاف وجود داشته باشد، ولی این اقدام دلیل بر احتساب انصاف به عنوان منبعی از حقوق ملی نمی‌شود. بر همین منوال نمی‌توان تمسک حقوقدانان بین‌المللی به ملاحظات منصفانه را دلیلی مبنی بر اینکه انصاف یکی از منابع اصلی حقوق بین‌الملل است تلقی کرد (حبیبی، ۱۳۸۳، ص ۱۲۱).

انصاف به عنوان یک منبع حقوقی در تمام نظام‌های حقوقی مطرح است. انصاف و راه حل منصفانه در معاهدات و داوری‌های بین‌المللی نیز به عنوان یک مرجع حکم آمده است. رجوع به انصاف در گام اول نیازمند این است که دو طرف دعوا علاقه‌مند باشند که مسئله از این راه حل بشود. راه حل منصفانه غیر از اینکه باید مورد پذیرش دو طرف باشد، نمی‌تواند تعارض عمیقی با اصول و قواعد و قوانین داشته باشد، مگر آنکه این اصول و قوانین نیز از نظر طرفین دعوا، دیگر قوانین منصفانه نباشد.

انصاف یکی از منابع پذیرفته شده حقوق بین‌الملل است که مکمل و ایجادکننده قواعد حقوق بین‌الملل می‌باشد و به مفهوم «سیستم حقوقی مجزا» برای پر کردن خلأ حقوق موضوعه مدون و غیر مدون است؛ یعنی اینکه جایگزین اصول کلی حقوقی می‌باشد. این عبارت بدین معنا است که همواره باید درصدد یافتن بهترین راه حلی بود که مناسب تعیین وضعیت مورد نظر است تا نارسایی‌های حقوقی موضوعه از میان برود و توقعات آن نادیده گرفته شود یا با ضرورت‌های اخلاقی آمیخته گردد. در مواردی که در حقوق بین‌الملل برای حل و فصل دعوا با خلأ روبه‌رو باشند می‌توانند به انصاف برای حل مسئله تمسک ورزند و آن را جایگزین اصول و قواعد سازند. پس انصاف سه کارکرد در نظام حقوق بین‌الملل دارد:

۱. اصل عدالت و انصاف قواعد حقوقی را تعدیل می‌کند و آنها را انعطاف‌پذیر می‌نماید.
۲. اصل انصاف در مواردی پرکننده خلأ قواعد حقوقی می‌باشد و داوران می‌توانند با کمک انصاف به موارد سکوت اجمال یا عدم کفایت قاعده حقوقی برای یک موضوع راه چاره پیدا کنند.

۳. انصاف منجر به حذف قاعده حقوقی می‌شود. انصاف در کنوانسیون حقوق دریاها و در اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری هم پذیرفته شده است.

۳. انصاف در قواعد لکس مركاتوريا^۱

لکس مركاتوريا رسوم و عرف‌های تجاری بازرگانان اروپا در قرون وسطی بوده که در نتیجه گسترش روابط در حوزه تجارت بین‌الملل به صورت قواعد پذیرفته شده درآمده و دنیای امروز نیز شاهد گسترش و تدوین عرف‌ها و اصول کاربردی آن در حوزه تجارت بین‌الملل توسط بازرگانان و سرمایه‌گذاران خارجی است. «لکس مركاتوريا مجموعه اصول و قواعدی است که توسط خود تجار در عرصه تجارت بین‌الملل برای تنظیم معاملات ایشان وضع شده است و عبارت است از عرف‌ها و رسومی که بین تجار و بازرگانان در اروپا مشترک است.»^۲

لکس مركاتوريا مشتمل بر عرف‌های تجاری بین‌المللی و اصول کلی حقوقی از جمله انصاف است. اصول کلی حقوقی هسته اصلی لکس مركاتوريا را تشکیل می‌دهد. این مجموعه همچنین شامل عرف‌های تجاری غیر مدونی است که توسط مراجع غیر دولتی مانند اینکوئترمز و ایکسید به تصویب رسیده است. به عنوان مثال، اصل رفتار عادلانه و منصفانه با سرمایه‌گذار خارجی در عرف سرمایه‌گذاری خارجی از جمله قواعد پذیرفته شده لکس مركاتوريا بوده که در معاهدات سرمایه‌گذاری از جمله معاهده واشنگتن و کنوانسیون ملل متحد درباره شفافیت در داوری دولت - سرمایه‌گذار (کنوانسیون شفافیت موريس)^۳ که در تاریخ ۱۰ دسامبر سال ۲۰۱۴ به تصویب مجمع عمومی سازمان ملل رسیده بود، در تاریخ ۱۷ مارس ۲۰۱۵ در بندر Port Luis کشور موريس برای امضای کشورهای‌های علاقه‌مند گشوده شد و به همین دلیل «کنوانسیون موريس درباره شفافیت» نام گرفت. در مراسمی که به این منظور در جزیره موريس برگزار شد کشورهای کانادا، فنلاند، فرانسه، آلمان، ایتالیا، موريس، سوئد، سوئیس، سوریه، بریتانیا و آمریکا کنوانسیون را امضا کردند و قرار است شش ماه پس از تودیع سومین سند تصویب، الحاق این کنوانسیون لازم‌الاجرا گردد. موريس اولین کشوری

1. Lex mercatoria.

2. www.wikipedia.com

3. United Nations Convention on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration (the "Mauritius Convention on Transparency").

است که در تاریخ ۲۰۱۵/۶/۵ اقدام به تصویب این کنوانسیون کرده است. این توضیح لازم است که کار کمیسیون حقوق تجارت سازمان ملل (آنسیترال) در زمینه شفافیت در داوری دولت - سرمایه‌گذار نشأت گرفته از تجربه طولانی این نهاد تخصصی سازمان ملل در حوزه داوری بین‌المللی است. آنسیترال با به رسمیت شناختن نقش سرمایه‌گذاری به عنوان ابزاری برای توسعه پایدار و اهمیت تضمین شفافیت در داوری دولت - سرمایه‌گذار، کار بر روی موضوع شفافیت را در سال ۲۰۱۰ آغاز کرد و در سال ۲۰۱۳ «قواعد آنسیترال در داوری معاهداتی دولت - سرمایه‌گذار» موسوم به «قواعد شفافیت» را به تصویب رساند.

قواعد شفافیت که از اول آوریل ۲۰۱۴ لازم‌الاجرا شده، نمایانگر تغییر بنیادین در وضعیت کنونی داوری دولت - سرمایه‌گذار است که اغلب پشت درهای بسته و دور از چشم مردم برگزار می‌گردید. قواعد شفافیت با تصدیق نقش بنیادین افکار عمومی، به عنوان یک ذی‌نفع در اختلافات دولت - سرمایه‌گذار، سطحی از شفافیت و دسترسی افکار عمومی نسبت به این اختلافات را فراهم می‌آورد که تاکنون بی‌سابقه بوده است. این قواعد دارای ماهیت ابتکاری است و توازنی بین منافع عمومی در دسترسی به اطلاعات و منافع طرف‌های اختلاف در برخورداری از روش حل و فصل منصفانه و کارآمد برقرار می‌سازد.

۴. انصاف در اسناد داخلی و بین‌المللی

در بند ۳ ماده ۱۷ قواعد داوری ۱۹۹۸ آی سی سی چنین آمده است: «داورها وقتی می‌توانند اختیار حل و فصل کدخدامنشانه یا بر اساس عدل و انصاف را برای خود مفروض بدانند که طرفین به طور صریح بر دادن اختیار مذکور توافق کرده باشند.» همین قاعده در بند ۲ ماده ۳۲ آنسیترال و بند ۳ ماده ۲۸ قواعد داوری بین‌المللی اتحادیه داوری آمریکا (AAA)^۱ و بند (الف) ماده ۵۹ قواعد داوری سازمان جهانی مالکیت معنوی (WIPO)^۲ نیز آمده است. در قانون داوری ۱۹۹۶ انگلستان (ماده ۴۶) امکان انصراف از قواعد حقوقی را در تصمیم‌گیری داوران پیش‌بینی کرده‌اند: «دیوان داوری می‌تواند در مورد اختلافات بر اساس سایر ملاحظات تصمیم بگیرد مشروط بر

1. American arbitration association rules.
2. World Intellectual Property Organization.

اینکه بدان توافق کرده و یا دیوان داوری به آن رسیده باشد.»
 ماده ۲۸ قانون داوری نمونه آنسیترال: «دیوان داوری صرفاً در صورتی بر اساس عدل و انصاف یا به عنوان میانجی‌گری دوستانه اتخاذ تصمیم می‌کند که طرفین صراحتاً چنین اجازه‌ای را به او داده باشند.»

بند ۴ ماده ۱۳ مقررات داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی: «اگر طرفین به داور اختیار داده باشند به طور کدخدامنشانه دعوا را فیصله دهد، او دارای چنین اختیاری می‌باشد.»
 در بعضی از متون یکی از دو اصطلاح فوق و در برخی دیگر هر دو اصطلاح به دنبال هم استعمال شده است.

بند ۳ ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی: «داور در صورتی که طرفین صریحاً اجازه داده باشند می‌تواند بر اساس عدل و انصاف یا به صورت کدخدامنشانه تصمیم بگیرد.» قانون‌گذار ایران این قاعده را از بند ۳ ماده ۲۸ قانون نمونه داوری آنسیترال اقتباس کرده که هر دو اصطلاح (عدل و انصاف و کدخدامنشانه) را در خود دارد. این واژه یعنی رعایت عدالت و عادلانه بودن تصمیم (Equity) و عقل سلیم یا وجدان بیدار نیز این قاعده را تأیید می‌کند.

در بند ۳ ماده ۱۰۵۱ قانون داوری آلمان اصلاحیه ۲۶ نوامبر ۲۰۰۱ آمده است:
 «... ۳- دیوان داوری تنها در صورتی می‌تواند از روی انصاف و کدخدامنشی تصمیم بگیرد که طرفین صراحتاً چنین اجازه‌ای را به داور داده باشند ...»
 در قسمت دوم ماده ۲۶ قانون داوری برزیل ۱۹۹۶ قانون شماره ۹۰۳۰۷ آمده است:
 «رأی داوری الزاماً باید حاوی مواد ذیل باشد ... ب) دلایلی که در تصمیم بدان استناد شده به همراه تحلیل موارد مبتنی بر حقیقت و قانون و در صورت وجود شرایط شامل لایحه تصمیم بر اساس انصاف ...»

در بند ۲ ماده کنوانسیون داوری تجاری عمان - کشورهای عرب ۱۹۸۷ آمده است:
 «... ۲- دیوان داوری تنها در صورتی می‌تواند از روی انصاف و کدخدامنشی تصمیم‌گیری نماید که طرفین صراحتاً چنین اجازه‌ای به وی داده باشند و در قرارداد بدان اشاره شده باشد.»
 بند ۲ ماده ۷ کنوانسیون اروپایی ۱۹۶۱ و ماده ۳۹ از قواعد داوری کمیسیون اقتصادی سازمان ملل اروپایی ۱۹۶۶ و بند (ب) از بند ۴ ماده ۷ داوری تجاری بین‌المللی کمیسیون اقتصادی سازمان ملل، آسیا و خاور دور و مقررات اتاق بازرگانی را می‌توان در این رابطه نام برد. همچنین در ماده ۲۹ دو موافقت‌نامه بین‌المللی تحت

عنوان دولت جمهوری دموکراتیک و مردمی الجزایر و بیانیه دولت جمهوری اسلامی ایران به امضا رسید که تعهداتی برای دولتیین ایجاد کرد که بر اساس آن، یک دادگاه داوری بین‌المللی به نام دیوان داوری ایران و ایالات متحده تأسیس شد که کار آن هنوز پایان نیافته است. قسمت اول ماده ۵ بدین شرح است: «دادگاه باید در همه موارد بر اساس احترام به حقوق (قواعد حقوقی) تصمیم بگیرد و آن دسته از قواعد و اصول حقوق بازرگانی و حقوق بین‌الملل را که قابل اجرا تشخیص می‌دهد به موقع اجرا گذارد.» جمله اول ماده که مقرر می‌دارد دادگاه بر اساس احترام به حقوق تصمیم بگیرد، قابل بحث است. سؤالی که اینجا مطرح می‌شود این است که منظور از احترام به حقوق چیست؟ آیا دیدگاه داوری بر اساس قواعد حقوقی رأی دهد یا می‌تواند بر اساس انصاف یا به طور کدخدامنشی حکم کند؟

دو نوع داوری در دنیا وجود دارد: یکی داوری بر اساس حقوق یا قواعد حقوقی است که در این نوع داوری، داور نمی‌تواند از قواعد لازم‌الاجرای حقوقی اعم از اینکه منشأ آنها قانون به معنای خاص یا رویه قضایی یا عرف و عادت یا منبع معتبر دیگری باشد، تخطی کند. البته شک نیست که مبنای اصلی حقوق عدل و انصاف است و اجرای قواعد حقوقی در اغلب موارد باید با رعایت انصاف همراه باشد. مع‌هذا در این نوع داوری، انصاف به تنهایی و جدا از حقوق نمی‌تواند مستند و مبنای رأی داور باشد. داور باید قانون را اجرا کند هر چند که در پاره‌ای موارد بر خلاف انصاف باشد. نوع دیگر داوری، داوری بر اساس انصاف (کدخدامنشی) است. در این نوع داوری، داور مکلف به اجرای نص قانون نیست، بلکه ممکن است در اعمال انصاف، از آن عدول کند. داور می‌تواند قانونی را که بر خلاف انصاف تشخیص می‌دهد، نادیده گرفته، بر پایه انصاف رأی دهد. در داوری‌های بین‌المللی این اصل پذیرفته شده است که داور فقط هنگامی می‌تواند بر اساس انصاف رأی دهد که طرفین در این خصوص توافق کرده باشند.

با این حال به نظر می‌رسد که انصاف جایی در این داوری داشته باشد. نفی داوری بر اساس انصاف بدین معنا نیست که دادگاه همواره مقید به رعایت حقوق ملی خاصی است و به هیچ وجه نمی‌تواند آن را تعدیل کند. حقوق قابل اجرا در دادگاه داوری با توجه به ماده ۵ بسیار انعطاف‌پذیر است. از آنجا که ماده مذکور دادگاه را در انتخاب قواعد حل تعارض و اصول حقوق بین‌الملل و حقوق بازرگانی قابل اجرا آزاد گذاشته و حتی او را مکلف کرده که عرف‌های بازرگانی و تغییر اوضاع و احوال را در نظر بگیرد،

دادگاه می‌تواند با استفاده از اختیارات خود اصول و مقتضیات انصاف را نیز مورد توجه قرار دهد و از اعمال قانون ملی خاص در مواردی که آشکارا بر خلاف موازین انصاف است، خودداری کند (صفایی، ۱۳۸۷، ص ۱۰۵).

در واقع ارجاع به انصاف در پاره‌ای از معاهدات می‌تواند منجر به توسعه حقوق بین‌الملل گردد؛ زیرا حقوق بین‌الملل بر خلاف حقوق داخلی دولت‌ها، سریع‌تر توسعه می‌یابد؛ چراکه همواره معاهدات جدید و دعاوی جدید باعث توسعه و گسترش این حقوق می‌گردد، در حالی که حقوق داخلی بنا به دلایل فراوانی از این سرعت توسعه محروم است. در نتیجه ارجاع به انصاف در معاهدات و دعاوی می‌تواند باعث کامل‌تر شدن حقوق بین‌الملل شود. البته نباید فارغ از این بود که رجوع به انصاف هم الزاماً نمی‌تواند کار ساده‌ای باشد؛ زیرا راه حل منصفانه همواره عادلانه نیست و پذیرش انصاف از طرف بازنده یک دعوا همواره ساده نیست. شاید به همین دلیل است که در پرونده لیامکو، داور لبنانی از انصاف به عنوان یک راهنما و نه یک حاکم استفاده می‌کند (حبیبی، ۱۳۸۳، ص ۱۲۱).

۵. بررسی ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران

تعیین حقوق حاکم بر ماهیت دعوا یکی از مسائل مهمی است که در داوری‌های بازرگانی بین‌المللی مطرح است. این مسئله اساساً مربوط به حقوق بین‌الملل خصوصی است که در داوری‌های بین‌المللی چهره خاصی پیدا می‌کند و با قواعد حقوقی پذیرفته شده در حقوق بین‌الملل خصوصی انطباق کامل دارد. در داوری‌های تجاری بین‌المللی همانند دادگاه‌های داخلی که به مسائل بین‌المللی رسیدگی می‌کنند، تعیین قانون حاکم بر ماهیت دارای اهمیت خاصی است. دادگاه داوری بین‌المللی یا دادگاه داخلی باید تعیین کند که قانون حاکم بر ماهیت دعوا کدام است و مشخص نماید که مسائل ماهوی مورد نزاع تابع کدام قانون است و بر اساس کدام قواعد باید حل و فصل شود. البته در دادگاه‌های داخلی، قاضی به قانون دولت متبوع خود مراجعه می‌کند و با توسل به قواعد حل تعارض آن قانون حاکم را تعیین می‌نماید، ولی در داوری‌های بازرگانی بین‌المللی، داور وابسته به کشورهای خاصی نیست و به اصطلاح فاقد قانون مقرر دادگاه است. لذا تعیین حقوق حاکم در داوری‌های تجاری بین‌المللی از اهمیت بیشتری برخوردار بوده و با مشکل بیشتری مواجه است.

«از ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی چنین برمی‌آید:

الف) تعیین حقوق حاکم بر ماهیت در داوری تجاری بین‌المللی اصولاً تابع اصل حاکمیت اراده است؛ یعنی قانونی که طرفین با توافق تعیین کرده‌اند در این مورد اصولاً لازم‌الرعایه است. به طور کلی در داوری‌هایی که ناشی از اراده طرفین است به‌ویژه در داوری‌های بین‌المللی، اصل حاکمیت اراده همواره مورد توجه است و نهایت احترام به آن گذاشته می‌شود.

ب) در صورت سکوت طرفین، داوران با مراجعه به قاعده حل تعارض مناسب قانون حاکم را تعیین خواهند کرد.

ج) داوران مندرجات قرارداد و عرف‌های بازرگانی را در نظر خواهند گرفت. اصل حاکمیت اراده اقتضا می‌کند که مندرجات قرارداد و عرف‌های بازرگانی که اراده ضمنی طرفین را تشکیل می‌دهد، محترم شمرده شود. حتی شروط و مندرجات قرارداد و عرف‌های بازرگانی مربوط بر قواعد تفسیری (تعویضی) حقوق حاکم مقدم خواهد شد.

د) در صورت توافق طرفین و تجویز حقوق حاکم بر داوری، داوران به روش کدخدانمنشی و به تعبیر دیگر، بر اساس انصاف و ملاحظات غیر حقوقی رأی خواهند داد؛ یعنی داوران می‌توانند از مر قانون با توجه به عدالت و انصاف عدول نکنند. اگر بر حسب ضرورت طرفین قانونی را انتخاب کنند که قانون ملی هیچ یک از آنها نباشد، تصمیم داور بر اساس عدل و انصاف در برابر تصمیم طبق قانون بیگانه ترجیح دارد مخصوصاً روابط تجاری میان طرفین بر مبنای قرارداد دراز مدت (long term contact) باشد. (امیرمعزی، ۱۳۸۷، ص ۴۴۶).

۶. کارکرد اصول کلی حقوقی در داوری بر مبنای انصاف

اصول کلی حقوقی ریشه در نظام‌های حقوقی داخلی دارد، اما زمانی که پا به عرصه بین‌المللی می‌گذارد، با همان ظرفیت نظام حقوقی منشأ اعمال نمی‌گردد، بلکه بسته به ساختاری که در آن مورد استفاده قرار می‌گیرد (داخلی یا بین‌المللی)، در راستای تحولات حاکم تغییر می‌یابد (محبی و امینی، ۱۳۹۳، ص ۱۳). امروزه لزوم برخورداری از دادرسی منصفانه از حقوق مسلم و بنیادین بشر است که مورد تأکید اسناد مهم بین‌المللی قرار گرفته است (خدری، ۱۳۹۴، ص ۵۲۰). تحقق چنین امری مستلزم رعایت اصول پذیرفته شده دادرسی از جمله رعایت مساوات در رفتار با طرفین توسط

داوری، استقلال و بی‌طرفی مرجع رسیدگی، اصل توافقی بودن رسیدگی داوری و ... است که از تضمین‌های دادرسی منصفانه در داوری تجاری بین‌المللی می‌باشد.

داوری منصفانه از اصول اساسی آیین داوری و مقررات مرتبط با نظم عمومی (شکلی) در هر رسیدگی است و در مواردی که داوری مخالف با اصول رسیدگی منصفانه یا بدون توجه به آن صورت پذیرد، رأی داور مخالف نظم عمومی است و در نتیجه، قابل ابطال می‌باشد (صدیقی و نعیمی، ۱۳۹۵، ص ۲۸۱). انتظار طرفین از دیوان داوری این است که به عنوان یک مرجع حل و فصل اختلاف، بی‌طرف و اطمینان‌بخش برای اعمال عدالت باشد. در همین راستا در تعیین قواعد و قوانین داوری توسط داور یا دیوان داوری اصول بنیادین خاصی همچون لزوم رسیدگی منصفانه وجود دارد که از مفاهیم دادرسی عادلانه و نظم عمومی حاکم بر آن ناشی می‌گردد و در جریان امر داوری دعاوی تجاری بین‌المللی باید رعایت گردد (شهلا و بشارتی، ۱۳۹۸، ص ۴۶).

بنا بر نظر برخی اندیشمندان حقوق، برای اینکه داوری منصفانه باشد، باید بین شرایط مختلف از جمله شرط ثبات و تغییر، مشروعیت و عدالت تعادل وجود داشته باشد (امینی، ۱۳۸۹، ص ۲۰۱). اعطای اختیار بر اصدار رأی بر اساس اصل انصاف مانع اعمال قانون قابل اعمال از جانب مرجع رسیدگی نیست و مرجع داوری ضمن داشتن اختیار رسیدگی بر جنبه‌هایی از اختلاف که مشمول رسیدگی بر مبنای انصاف نمی‌باشد، مرجع حل و فصل‌کننده اختلاف طبق معیارهای قانون مقرر اقدام به صدور رأی خواهد نمود (جعفری و حمیدیان، ۱۳۹۸، ص ۳۵۱).

۷. انصاف در رویه

در تصمیم‌گیری بر مبنای اصل انصاف، آثار غیر عادلانه اجرای مقررات حقوق موضوعه تا حدودی تعدیل می‌شود و با اعمال اصول عدل و انصاف توسط داور، مقررات پیچیده و گاه غیر منصفانه کنار نهاده می‌شود (مطیعی و البرزی ورکی، ۱۳۹۷، ص ۱۵۱).

رأی مربوط به دعاوی فوجرول علیه بانک خاور نزدیک است که ناظر به رأی داوری صادره به نفع یک نفر واسطه (دلالت) است. واسطه مزبور متعهد به مذاکره برای انعقاد قراردادی شده بود، ولی نمایندگی او پیش از پایان مأموریتش، به وسیله اصیل خاتمه داده شده بود. دادگاه داوری به بخشی از حق الزحمه واسطه - بر پایه خدماتی که انجام داده بود - رأی داد و مبتنی بر اصول کلی تعهدات که عموماً در تجارت بین‌الملل

قابل اعمال است، تصمیم‌گیری کرد. البته دادگاه حق داوری بر اساس انصاف و ملاحظات غیر حقوقی را نداشت و همین امر موجب شد که طرف بازنده با استناد به ماده ۱۰۲۸ قانون آیین دادرسی سابق فرانسه، رأی داوران را خارج از قلمروی اختیار آنان بداند و به آنها اعتراض کند. حکم دادگاه شهرستان مبنی بر رد این اعتراض، توسط دادگاه استیناف تأیید شد. در اعتراض نهایی نیز دیوان تمیز حکم داد که «داوران با ارجاع به اصول کلی تعهدات که عموماً در تجارت بین‌الملل قابل اعمال است، تنها به وظیفه خود مطابق ماده ۸ داوری‌نامه جهت تعریف و تعیین اعمال عمل کرده‌اند.» گلدمن از این رأی نتیجه گرفته است که حقوق فراملی بازرگانان - که مشتمل بر اصول کلی حقوق است - و داوری بر اساس آن، داوری مبتنی بر عدل و انصاف و ملاحظات غیر حقوقی تلقی نمی‌شود (جنیدی، ۱۳۷۶، ص ۲۴۱). یکی از پرونده‌هایی که در محاکم ایالات متحده آمریکا مطرح شد دعاوی ایران ایر کرافت اینداستریز علیه شرکت آکولو بود که به علت آنکه خوانده امکان ارائه دفاعیات خود را در دیوان داوری نیافته بود، دادگاه از شناسایی و اجرای رأی داوری امتناع کرد.^۱

دیوان داوری ایران و ایالات متحده آمریکا در کنار قرارداد طرفین، ضمن به رسمیت شناختن سوابق دعوا به عرف‌های تجاری، به تغییر اوضاع و احوال و اصول کلی حقوقی اهمیت خاصی داده که بیشتر بر جنبه‌های حقوق تجارت بین‌الملل مبتنی است، به طوری که از ماده ۵ بیانیه حل و فصل ایران و آمریکا برمی‌آید که دیوان مجاز به اعمال و صدور رأی بر مبنای اصول انصاف و کدخدامنشی نیست، مگر اینکه طرفین داوری رسیدگی بر این مبنا را خواستار باشند.

1. (Iran Air craft Industries and Iran Helicopter support and Renewal Company v Avco Corporation) year 1993, pp. 596-605.

نتیجه

داور اختیار خود را از قرارداد طرفین می‌گیرد. این قرارداد برای داور در حکم قانون است. مقامات دولتی می‌توانند از اثر بخشیدن به قراردادی که بین طرفین منعقد شده و پیش‌بینی داوری طبق این یا آن سیستم حقوقی و یا طبق انصاف را نموده، امتناع نمایند و یا اعلام کنند که قرارداد را به عنوان قرارداد داوری به رسمیت نخواهند شناخت، ولی در جهت خلاف شروط این قرارداد نمی‌توانند حرکت کنند و اعلام نمایند که داوران باید به طریقی غیر از آنچه در قرارداد داوری پیش‌بینی شده است اقدام کنند. در داوری‌های بازرگانی بین‌المللی اراده طرفین مبنا و اساس کار است. اصل حاکمیت اراده نه تنها به عنوان یک قاعده ماهوی لازم‌الرعایه است، بلکه به عنوان یک اصل حل تعارض قوانین برای تعیین حقوق حاکم نیز مورد قبول واقع شده است. این اصل، هم در کنوانسیون‌ها و متون راجع به داوری بازرگانی بین‌المللی منعکس شده و هم مورد تأیید دکتترین و رویه قضایی بین‌المللی است. اصولاً داور بر اساس قانون و قواعد حقوقی حکم می‌کند و مجاز به عدول از ضوابط قانونی نیست. به دیگر سخن، داور نمی‌تواند به طور کدخدامنشی یا بر اساس انصاف و ملاحظات غیر حقوقی به حل و فصل دعوا بپردازد، مگر اینکه طرفین صریحاً چنین اختیاری به او داده باشند. حل کدخدامنشانه اختلاف و داوری بر اساس انصاف به معنای انحراف از حقوق نیست و داور را در خلأ فقدان ناشی از حقوق موضوعه نمی‌برد. صدور رأی بر اساس عدل و انصاف به معنای استواری رأی بر عدل و انصاف محض نیست. داور صادرکننده رأی بر اساس انصاف در ناخودآگاه خود میل به صدور رأی بر مبنای حقوق دارد؛ زیرا خود آموزش دیده حقوق است. بنابراین داور حقوقدان از دیدگاه حقوق به انصاف نگاه می‌کند و بر اساس انصاف محض تصمیم نمی‌گیرد.

مطابق آنچه گفته شد، وجود انصاف در نظام حل اختلاف تجاری بین‌المللی به دلایل بسیار، نظیر مرتفع ساختن ضعف کلی‌گویی حقوق موضوعه، موجب توسعه حقوق بین‌الملل و اعطای آزادی عمل به مراجع رسیدگی‌کننده می‌شود. اصل انصاف و عدالت تکمیل‌کننده قواعد حقوقی است و همچنین اصل انصاف، پُرکننده خلأهای حقوق بین‌الملل است و بیان‌کننده قواعدی است که باید اجرا شود. داوران بین‌المللی می‌توانند در صورت فقدان قاعده حقوقی صریح، ضمن اخذ موافقت طرفین دعوا، از اصل انصاف استفاده کنند. انصاف علاوه بر حل و فصل اختلافات بین‌المللی، یک تکنیک تفسیر نیز

هست که موارد قابل توجهی از مسائل بین‌المللی را به نحو مطلوب و مطابق توافقات عام مرتفع کرده است.

انصاف یکی از مقتضیات اصلی یک جامعه نظام‌مند امروزی است که همواره در عرصه بین‌المللی ایفاگر نقش‌های تعدیل، تکمیل و تصحیح حقوق در قالب یک منبع حقوقی بوده است. انصاف در حقوق ایران به عنوان یک قاعده حقوقی مطرح نشده است و برخی از حقوقدانان (از جمله استاد دکتر کاتوزیان) به عنوان یکی از منابع حقوقی نانوشته از آن یاد کرده‌اند، اما با توجه به ویژگی‌های قواعد حقوقی و تطبیق آن با قاعده انصاف، کمبودی احساس نمی‌شود؛ چه خلأ عدم وجود آن آشکار می‌گردد. مبنای داوری منصفانه در دعاوی تجاری بین‌المللی عدالت توزیعی است. نظام حقوقی که بر مبنای آن، مرجع رسیدگی اقدام به رسیدگی منصفانه می‌نماید، باید نظم و تحول را طوری مدیریت کند که نمود عینی دادرسی منصفانه و اعتبار آن در نتایج رسیدگی - که رأی داوری است - آشکار شود، هرچند که انصاف و داوری منصفانه امری نسبی و ذهنی (شخصی) می‌باشد، اما اعمال آن در فرایند استدلال طرفین دعاوی تجاری بین‌المللی بر اساس اصول مسلم آیین دادرسی فراملی مدنی صورت می‌پذیرد.

فهرست منابع

الف. کتاب‌ها

۱. امیرمعزی، احمد، *داوری بین‌المللی در دعاوی بازرگانی*، نشر دادگستر، تهران، ۱۳۸۷.
۲. جنیدی، لعیا، *قانون حاکم در داوری‌های تجاری بین‌المللی*، نشر دادگستر، تهران، ۱۳۷۶.
۳. صفایی، سید حسین، *حقوق بین‌الملل و داوری‌های بین‌المللی*، نشر میزان، تهران، ۱۳۸۷.
۴. علیدوستی شهرکی، ناصر، *حقوق سرمایه‌گذاری خارجی*، نشر خرسندی، تهران، ۱۳۸۹.
۵. عمید، حسن، *فرهنگ عمید*، انتشارات امیرکبیر، تهران، ۱۳۶۰.
۶. مجتهدی، محمدرضا، *مطالعات حقوق بین‌الملل عمومی*، نشر فروزش، تبریز، ۱۳۸۱.

ب. مقاله‌ها

۷. امینی، اعظم، «مشروعیت و انصاف در حقوق بین‌الملل از دیدگاه توماس فرانک»، *مجله حقوقی بین‌المللی*، سال ۲۷، شماره ۴۲، ۱۳۸۹، صص ۲۰۱-۱۹۱.
۸. جعفری، فیض‌الله و حمیدیان، فاطمه، «بررسی تحلیلی - تطبیقی شرایط اعمال انصاف در داوری‌های تجاری بین‌المللی»، *مجله حقوقی بین‌المللی*، شماره ۶۰، ۱۳۹۸، صص ۳۵۶-۳۱۹.
۹. حبیبی، حبیب‌الله، «نقش انصاف در کنوانسیون حقوق دریاها»، *مجله پیام دریا*، شماره ۱۲۸، ۱۳۸۳، صص ۱۲۵-۱۲۰.
۱۰. خدری، صالح، «دادرسی منصفانه در داوری تجاری بین‌المللی»، *مجله مطالعات حقوق تطبیقی*، دوره ۶، شماره ۲، ۱۳۹۴، صص ۵۴۰-۵۱۹.
۱۱. شهلا، مهدی و بشارتی، لیلا، «نقش دادگاه‌های ملی در داوری تجاری بین‌المللی در حقوق ایران و فرانسه»، *مجله حقوقی بین‌المللی*، شماره ۶۰، ۱۳۹۸، صص ۶۸-۳۵.
۱۲. صدیقی، بهاره و نعیمی، سید مرتضی، «آثار حقوقی مقرر در داوری‌های تجاری بین‌المللی»، *فصلنامه پژوهش‌های روابط بین‌الملل*، دوره ۱، شماره ۲، ۱۳۹۵، صص ۲۹۳-۲۶۳.
۱۳. کریمی‌نیا، محمدمهدی، «جایگاه انصاف در حقوق تجارت بین‌الملل»، *نشریه معرفت*، شماره ۴۰، دی ۱۳۸۰، صص ۳۴-۲۸.
۱۴. محبی، محسن و امینی، اعظم، «اصل انصاف و ظرفیت قاعده‌سازی آن در رویه دیوان بین‌المللی دادگستری»، *مجله حقوقی بین‌المللی*، شماره ۵۱، ۱۳۹۳، صص ۴۰-۹.

۱۵. مطیعی، انیسه و البرزی ورکی، مسعود، «بررسی تطبیقی اصل انصاف و اصول عدل و انصاف»، فصلنامه پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره ۲۲، شماره ۳، ۱۳۹۷، صص ۱۶۱-۱۳۷.

ج. منابع انگلیسی

16. United Nations Convention on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration, (the "Mauritius Convention on Transparency").
17. United states: United-states court of- Appeals;second circuit' 24 November 1992 (Iran Air craft Industries and Iran Helicopter support and Renewal Company v. Avco Corporation) year Comercial Arbitraton xviii (1993).

Fair Arbitration in International Commercial Litigation

Seyed Mohammadtaghi Alavi*

Behzad Ahangari**

Mahsa Dehini***

Received: 21/09/2019

Accepted: 13/03/2020

Abstract

Today, the importance of arbitration as one of the main methods of resolving disputes between the parties to the contract in international trade is undeniable. Assumption is that international arbitration precedent and international regulation, including contractual and common law are to a large extent just and fair. But for reason such as increasing complexity and diversity of international disputes circumstances they might not always be the solution to disputes arising from unfair practices identified strict regulations. So a degree of flexibility in the system is necessary to resolve international disputes and to achieve it seems not possible without justice. Observe equity basis by reference to the verdict of the international and as a means of alternative legal rules, treaties and conventions which are commonly used for decision making, is. But a case can be made only with the consent of the parties to be settled on the basis of equity. in cases where the judge decides based on equity instead of applying the Provisions of the contract or governing legal rule, the result would be unfair to burden, to avoid. In this type of arbitration, the arbitrator is not required to run the center may impose fairness, it does not deviation internationally accepted principle that the judgments can judge the fairness vote only when the parties have agreed on this issue.

Key words: Arbitration; Equity; Commercial; International.

* Professor at Law and Social Sciences Faculty of Tabriz University.

alavi@tabrizu.ac.ir

** PhD Student of Private Law at Isfahan University.

ahangari.behzad@gmail.com

*** PhD Student of Private Law at Isfahan University.

mahsadehini@gmail.com