

ماهیت کدخدامنشی عرفی و تفاوت آن با نهاد داوری و انصاف از دیدگاه قواعد داوری تجاری بین‌المللی

امید رشیدی^۱، عیسی امینی^{۲*}، ربیعا اسکینی^۳

چکیده

واژه «کدخدامنشی» ریشه در زبان و ادبیات فارسی دارد و در فرهنگ عامه مردم ایران، به عنوان شیوه‌ای برای حل و فصل اختلافات، از قدیم‌الایام متداول بوده و در برخی از قوانین موضوعه نیز مورد استفاده قرار گرفته است. این واژه علیرغم به کارگیری آن در قلمرو «شیوه‌های حل و فصل اختلافات»، مورد تعریف مقنن قرار نگرفته و اوصاف و شرایط آن تبیین نشده و فاقد قواعد و رژیم حقوقی مدون و مستقلی است و بالتبع اوصاف یک نهاد حقوقی را دارا نمی‌باشد. کاربرد این واژه توسط قانونگذار در قانون بخش تعاون اقتصاد جمهوری اسلامی ایران و قانون داوری تجاری بین‌المللی، مستلزم شناخت و تعریف معنای لغوی، ماهیت، و مقایسه آن با «نهاد داوری» و «انصاف» است تا منظور نظر قانونگذار و مفهوم آن در ادبیات عامه و ادبیات حقوقی، به عنوان شیوه‌ای برای حل و فصل اختلافات، شناسایی و مورد مطالعه قرار گیرد. شناخت مفهوم و آیین حل و فصل اختلافات از طریق «کدخدامنشی عرفی» و تمییز آن از «نهاد داوری»، در زمان تراضی و نگارش قراردادها و همچنین در زمان تفسیر محتوای شرط داوری، دارای اهمیت ویژه‌ای است. تراضی بر «حل و فصل اختلافات از طریق کدخدامنشی» یا تحت عنوان «داوری بر مبنای کدخدامنشی» و «داوری بر مبنای انصاف»، دارای مفهوم و آثار متفاوتی است که در این مقاله ضمن مطالعه واژه شناختی، جایگاه و مفهوم آن در حقوق داخلی و قواعد داوری بین‌المللی مورد مطالعه و مقایسه قرار گرفته است.

واژگان کلیدی: کدخدامنشی، داوری، انصاف، شرط داوری.

۱. گروه حقوق، واحد تهران مرکزی، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران. omid.rashidi2@gmail.com

۲. گروه حقوق، واحد تهران مرکزی، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران. (نویسنده مسئول) Eisa.Amini@yahoo.com

۳. گروه حقوق، دانشگاه مفید، قم، ایران. eskini@mofidu.ac.ir

مقدمه

در بسیاری از قراردادها، متعاملین در زمان تعیین و انتخاب شیوه حل و فصل اختلافات، واژه‌ها یا عباراتی مانند؛ «داوری»، «کدخدامنشی»، «داوری کدخدامنشانه» و «داوری مبتنی بر انصاف» را به صورت شرط ضمن عقد، مورد توافق قرار می‌دهند. هنگام اجرای این شرط، اگر در خصوص ماهیت، مفهوم، آثار و کیفیت اجرای هر یک از این مفاهیم، اختلاف نظر ایجاد گردد، مرجع داوری بدو ناگزیر از تفسیر این واژه‌ها و عبارات است که اصطلاحاً «تفسیر شرط داوری» نامیده می‌شود. مرجع داوری یا قضایی در مقام رسیدگی و تفسیر این مفاهیم، می‌بایست علاوه بر معنای لغوی و اصطلاحی، تفاوت و آثار به کارگیری هر یک از این اصطلاحات را نیز مورد توجه قرار دهد.

در صورت به کارگیری اصطلاح «کدخدامنشی» به عنوان روش حل و فصل اختلافات، و مواجه شدن داور یا قضایی با اختلاف طرفین در خصوص معنا و مفهوم و آثار به کارگیری این اصطلاح، سؤال اصلی قابل طرح این است که؛ آیا «کدخدامنشی»، شیوه‌ای مستقل برای حل و فصل اختلافات به شمار می‌آید و دارای ماهیت و آثاری متفاوت از «نهاد داوری» است، یا اینکه مترادف واژه «داوری» و «انصاف» است؟ پاسخ به این سؤال، داور را در موضع تفسیر مفاد موافقت‌نامه داوری قرار می‌دهد و بدو مستلزم شناخت مفهوم اصطلاحی و بررسی موارد کاربرد آن در تطور نظام تقنینی ایران و قواعد داوری تجاری بین‌المللی است. تبیین جایگاه کدخدامنشی در نظام حل و فصل اختلافات، به عنوان یک ماهیت و تأسیس حقوقی و شیوه‌ای مستقل که قابلیت تخصیص قواعد و رژیم حقوقی مستقل را دارا باشد و بتواند مورد توجه طرفداران و نظریه‌پردازان شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلافات (ADR) و عدالت ترمیمی قرار گیرد، یا اینکه صرفاً مبنایی برای صدور رأی داوری و فارغ شدن داور از توسل و استناد به «قواعد حقوقی» تلقی گردد، دارای آثار حقوقی متفاوتی است.

اصطلاح «کدخدامنشی» در فرهنگ عامه ایرانیان و در زبان و ادبیات فارسی، دارای پیشینه تاریخی است. واژه «کدخدا»، «کتخدا» یا «کیخدا» (اسم - صفت)، از واژه‌های فارسی میانه^۱ است (حسن دوست، ۱۳۹۳: ۲۱۴۱). «کد» به معنی خانه، و «خدا» به معنی صاحب و مالک آمده است و به شخصی گفته می‌شود که موقر و معتبر و کارساز و مهم‌گزار مردم باشد. همچنین «کدخدا»؛ به معنی آقای خانه، سرور خانه، متصدی امور ده، دهبان، رئیس قبیله یا عشیره، رئیس محله، رئیس صنف، به کار رفته است. واژه «کدخدامنش» به عنوان (صفت)؛ به کسی که همانند کدخدایان رفتار کند، آن کسی که اختلافات مردم را حل کند، ویژگی کسی که اختلافات مردم را به طور مسالمت‌آمیز پایان دهد، گفته شده است. بنابراین «کدخدامنشی» (حاصل مصدر)؛ به حل و فصل

۱. فارسی میانه یا فارسی پهلوی به زبان فارسی دوره اشکانی و ساسانی اطلاق می‌گردد (۲۵۰ قبل از میلاد مسیح تا ۶۵۱ میلادی).

اختلافات مردم از طریق حکمیت دوستانه اطلاق می‌گردد و رفتار و اقدام «کدخدامنشانه» نیز، یعنی حل و فصل اختلاف به شیوه‌ی دوستانه و به طریق مسالمت‌آمیز (انوری، ۱۳۹۰: ۵۷۶۹).

این واژه فارسی، در برخی از قوانین مانند مواد ۴۳ و ۵۷ قانون بخش تعاون اقتصاد جمهوری اسلامی ایران (اصلاحی ۱۳۹۳/۲/۳۱) و ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی (مصوب ۱۳۷۶/۶/۲۶) به کار رفته است. همچنین در اسناد و قواعد داوری تجاری بین‌المللی مانند ماده ۲۸ قانون نمونه داوری آنسیترال (۲۰۰۶) و ماده ۳۵ قواعد داوری آنسیترال (۲۰۱۰)، اصطلاح مشابهی تحت عنوان (Amiable compositeur) مورد استفاده قرار گرفته است. بررسی مفهوم «کدخدامنشی» در حقوق ایران و تشابه یا تفاوت آن با واژه (Amiable compositeur)، که در متون داوری تجاری بین‌المللی مورد استفاده قرار گرفته و به «کدخدامنشی» یا «سازش دهنده دوستانه» ترجمه شده، حائز اهمیت است.

واژه کدخدامنشی با وصف متداول بودن آن در زبان فارسی و فرهنگ عمومی ایرانیان، معهدا در نظام حقوقی کشور ایران به عنوان یک نهاد حقوقی و شیوه‌ای مستقل برای حل و فصل اختلافات، تعریف نشده و فاقد یک رژیم حقوقی و قواعد مدون و منسجم است. اهمیت این بحث زمانی نمود بیشتری می‌یابد که می‌بایست ضمن تبیین ماهیت و آثار «رأی کدخدامنشی» و ضمانت اجرای آن، مبنای صدور این رأی بر اساس مبنایی غیر از قواعد حقوقی، مورد مطالعه قرار گیرد و با «رأی لازم الاجرای داوری» و «رأی مبتنی بر انصاف» مقایسه شود. بنابراین با توجه به کاربرد متنوع این واژه در ادبیات عامه مردم ایران و در برخی از قوانین داخلی، اقتضا دارد ضمن مطالعه جایگاه تقنینی و واژه‌شناختی «کدخدامنشی» در حقوق ایران و در زبان فارسی، ماهیت حقوقی و جایگاه این واژه در نظام حل و فصل اختلافات و قواعد داوری بین‌المللی نیز مورد بررسی و مقایسه قرار گیرد. در این مقاله، علاوه بر مطالعه معناشناختی، نمونه‌هایی از تشریح آراء قضایی که ناشی از عدم اشراف بر مفهوم و ماهیت کدخدامنشی و عدم تمییز آن از واژه‌ها و نهادهای حقوقی مشابه می‌باشد، منعکس شده است.

۱- کدخدامنشی و انصاف

۱-۱- ماهیت حقوقی «کدخدامنشی» و جایگاه آن در نظام حل و فصل اختلافات

حقوق موضوعه ایران، واژه «کدخدا» را با تأسی از ادبیات عامه، در قوانین متعددی به کار گرفته است. «کدخدا» به یک شخص حقیقی اطلاق می‌شد که مأمور اجرای دستورات و ضوابطی بود که از مرکز (از طرف دولت) به وی ابلاغ و امر می‌گردید. در ماده یک قانون کدخدایی مصوب ۱۳۱۴/۹/۲۰ در تعریف کدخدا آمده است؛ «کدخدای ده نماینده مالک و مسئول اجرای قوانین و نظام نامه‌هایی است که از طرف دولت به او مراجعه می‌شود» (عبداللهی، ۱۳۹۵: ۲۴۴). طبق ماده

۲۸۷ قانون تشکیل ایالات و ولایات و دستورالعمل حکام مصوب ۱۳۲۵ قمری، از حیث امور نظمیه، شهر به چند «محلّه» تقسیم می‌شد و هر محلّه در اداره صاحب منصب نظمیه‌ای بود که به «کدخدای محلّه» مرسوم بود (بیگ زاده، ۱۳۹۱: ۸۱۸). اما کاربرد تقنینی واژه «کدخدامنشی» در معنای اصطلاحی و با مفهوم و عنوان «شیوه‌ای عرفی برای حل و فصل اختلافات»، مستلزم بررسی ماهیت و موارد کاربرد آن در حقوق موضوعه ایران و نظام حل و فصل اختلافات است.

در فرهنگ عامه و روابط عادی و معاملاتی مردم ایران، توسل به یک شخص غیر حکومتی برای حل و فصل اختلافات از طریق «کدخدامنشی عرفی» یا همان «ریش سفیدی»، پدیده‌ای نوین نیست بلکه یک نهاد اجتماعی و دارای سابقه دیرینه‌ای است. در طول تاریخ و در اعصار مختلف و خصوصاً از زمان هخامنشیان، کاربرد این اصطلاح به عنوان روشی در جهت رفع اختلافات و حل و فصل دعاوی، در آداب و رسوم اقوام ایرانی، متداول بوده و برای حل و فصل اختلافات و نزاع‌های خانوادگی، اختلافات کشاورزان و بازاریان، شیوه‌ای شناخته شده و مرسوم بوده است (صفی زاده، ۱۳۹۱: ۱۱۵ و امین، ۱۳۸۲: ۹۷). آنچنان که تا عصر حاضر نیز در فرهنگ و باورهای عامیانه مردم ایران؛ «کدخدامنش»، شخصی غیر حکومتی و سالخورده و پیر است که معمولاً ریش سفیدی دارد و رئیس طایفه یا قبیله به شمار می‌آید و یا اینکه مورد احترام ایل و طایفه و اهالی محل بوده و دارای شخصیت کاریزماتیک است و با دخالت کردن در اختلافات، آن را فیصله می‌دهد. عمل و صفت شخص کدخدامنش در جهت حل و فصل اختلاف، «کدخدامنشی» یا «ریش سفیدی کردن» نامیده شده است. کدخدامنشی را باید یکی از روش‌های غیرقضایی حل و فصل مسالمت‌آمیز اختلافات (اعم از اختلافات قراردادی یا نزاع‌ها) دانست که در تاریخ حقوق ایران و در کل جغرافیای اجتماعی اقوام ایرانی دارای پیشینه تاریخی است و با نهادهای حقوقی مشابه و مصادیق (ADR) مانند داوری، میانجیگری و سازش بعضاً متفاوت است.

در زبان انگلیسی از واژه‌های «Alderman; Headman of the village; Village headman» برای شخص «کدخدا» استفاده شده است (Oxford, 2015: 36-717)، اما واژه‌ای خاص و با مفهوم و کاربردی که در زبان فارسی برای «کدخدامنشی عرفی»، به عنوان شیوه‌ای در جهت حل و فصل اختلافات متداول است، مورد استفاده قرار نگرفته است. فرهنگ نویسندگان و مترجمین و معادل سازان، به دلیل عدم وجود واژه‌ای معادل کدخدامنشی در زبان انگلیسی، این واژه را معادل: «Settlement of disputes»، «Mediation» و حتی «Arbitration» دانسته‌اند (آریان‌پور، ۱۳۹۱: ۲۶۲۷)، در صورتی که معنای عرفی و حقوقی کدخدامنشی با مفاهیمی مانند داوری و میانجیگری تفاوت دارد و مترادف و هم معنی تلقی کردن آن‌ها ناشی از عدم وجود واژه‌ای معادل در زبان انگلیسی و عدم تبیین ماهیت حقوقی آن است.

در اسناد و قواعد داوری تجاری بین‌المللی مانند؛ ماده ۲۸ قانون نمونه داوری آنسیترال (۲۰۰۶)، ماده ۳۵ قواعد داوری آنسیترال (۲۰۱۰) و ماده ۱۷ قواعد داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی (۱۹۹۸- ICC)، اصطلاح مشابهی تحت عنوان (Amiable compositeur) مورد استفاده قرار گرفته است. کاربرد حقوقی این اصطلاح در نظام‌های حقوقی و قوانین موضوعه، برای اولین بار در کد ناپلئون و در قانون آیین دادرسی مدنی ۱۸۰۶ فرانسه به عنوان یک اصطلاح حقوقی، وارد ادبیات حقوقی فرانسه گردید (شهبازی نیا، ۱۳۹۱: ۱۲۵). این اصطلاح، در معنای «سازش دهنده دوستانه»^۱ که راه‌حلی را برای رفع اختلافات پیشنهاد می‌دهد، به کار رفته و با معنایی که در زبان فارسی از «کدخدمنشی» استنباط می‌شود، بعضاً متفاوت است.

«کدخدمنشی عرفی» به عنوان یک «نهاد حقوقی مستقل» و روشی قاعده‌مند برای حل و فصل اختلافات و دعاوی که دارای رژیم حقوقی و آیین رسیدگی خاصی باشد، مورد توجه قانونگذار ایران قرار نگرفته است. مع الوصف، در قوانین متعددی و به صورت مبهم، از اصطلاح «کدخدمنشی» استفاده شده است. اگر چنین تلقی شود که این اصطلاح به عنوان یکی از روش‌های حل و فصل اختلافات در نظر گرفته شده، باید قائل به تفکیک شویم و به صورت‌های مختلفی، اعم از «کدخدمنشی عرفی» و «داوری کدخدمنشانه»، آن را تعریف و قابل تراضی بدانیم. ارجاع اختلاف به کدخدمنشی، تابع تراضی و فارغ از توسل به قواعد حقوقی و تشریفات رسیدگی است، اما ممکن است بعضاً ناشی از تأیید و تجویز قانونگذار باشد، آنچنان که در قانون بخش تعاون اقتصاد جمهوری اسلامی ایران (مصوب ۱۳۷۰ و اصلاحی ۱۳۷۷)، این اصطلاح به عنوان شیوه‌ای برای حل و فصل اختلافات به کار گرفته شده است. در بند ۹ ماده ۴۳ مقرر گردید: «اتحادیه‌های تعاونی با عضویت شرکت‌ها و تعاونی‌هایی که موضوع فعالیت آن‌ها واحد است برای تأمین تمام یا قسمتی از مقاصد زیر تشکیل می‌گردد: ۹- حل اختلاف و داوری در محدوده امور مربوط به تعاونی‌ها به صورت کدخدمنشی و صلح اعضا تعاونی‌ها». همچنین در ماده ۵۷ مقرر شده: «اتحادیه‌ها و شرکت‌های تعاونی می‌توانند در صورت ضرورت با نظارت وزارت تعاون، اتاق تعاون مرکزی را در تهران و شعب آن را در استان‌ها و شهرستان‌ها جهت تأمین مقاصد زیر تشکیل دهند. ۳- حل اختلاف و داوری در محدوده امور مربوط به تعاونی‌ها به صورت کدخدمنشی و صلح مابین اعضا و اتحادیه‌ها و بین تعاونی‌ها و اتحادیه‌ها». در ماده ۶۴ قانون بخش تعاون نیز مجدداً تصریح گردیده: «منابع مالی اتاق‌های تعاون عبارت است از؛ دریافت حق مشاوره، کارشناسی، داوری در محدوده امور مربوط به تعاونی‌ها به صورت کدخدمنشی و سایر خدماتی که در اختیار تعاونی‌ها و اتحادیه‌ها قرار می‌دهد». در ماده ۹ قانون اصلاح موادی از قانون بخش

1. An unbiased third party, often ahead of state or high government official, who suggests a solution that disputing countries might accept of their own violation (Garner, 2004: 93).

تعاون (مصوب ۱۳۹۳) نیز آمده است: «ماده ۵۷ قانون به شرح زیر اصلاح و تبصره آن حذف و شش تبصره به آن الحاق می‌شود. ماده ۵۷- به منظور تأمین مقاصد زیر اتاق‌های تعاون شهرستان، استان و ایران تشکیل می‌گردد... ۱۴- داوری در امور حرفه‌ای بین اشخاص حقوقی بخش تعاونی با یکدیگر و یا با سایر اشخاص حقیقی و حقوقی و نیز بین هر شخص حقوقی بخش تعاونی با اعضایش از طریق مرکز داوری اتاق. تبصره ۶- نحوه تشکیل و فعالیت مرکز داوری اتاق تعاون براساس آیین‌نامه‌ای است که به تصویب مجمع عمومی اتاق تعاون ایران می‌رسد. ارجاع به داوری اتاق تعاون باید در اساس‌نامه همه اشخاص حقوقی تعاونی درج گردد». قانونگذار ایران عبارت؛ «داوری از طریق کدخدامنشی» را مکرراً و بدون تعریف و تعیین قواعد و آیین رسیدگی، به کار برده است. هدف قانونگذار، بیان و تعریف یک تأسیس مستقل حقوقی و موازی با نهاد داوری نبوده، بلکه حل و فصل اختلاف از طریق نهاد داوری با همان آثار و ماهیت را در نظر داشته و صرفاً داور را از توسل به «قواعد ماهوی حقوقی» فارغ دانسته است. بنابراین «داوری کدخدامنشانه» به عنوان یک نوع داوری، در مقابل «داوری براساس قواعد حقوقی»، از نظر ماهیت و آثار، در هر حال تابع آیین و تشریفات نهاد داوری است.

اصطلاح کدخدامنشی، در قوانین دیگری مانند ماده واحده راجع به امور قضایی عشایر و ایلاتی که اسکان داده می‌شوند (مصوب ۱۳۳۷) نیز به کار رفته است. در این قانون مقرر گردیده: «در نقاطی که ایلات و عشایر خلع سلاح شده اسکان می‌شوند برای رسیدگی به اختلافات و دعاوی افراد ایلات و عشایر با یکدیگر و یا کسانی که با آنها دعوا دارند وزارت دادگستری می‌تواند هیأت‌هایی مرکب از سه نفر که دو نفر از آنها از قضات مجرب باشند تشکیل دهد که با توجه به اصول و قوانین به طریق کدخدامنشی و اصلاح، اختلافات و دعاوی را فیصله دهند». همچنین در بند ۳ ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی مصوب ۱۳۷۶/۶/۲۶ آمده است: «داور در صورتی که طرفین صراحتاً اجازه داده باشند، می‌تواند براساس عدل و انصاف، یا به صورت کدخدامنشانه تصمیم بگیرد». با بررسی قوانین موضوعه، قانونگذار ایران در ادوار مختلف، بدون ارائه تعریف و تدوین قواعد و رژیم حقوقی منسجم، از کدخدامنشی نام برده است. عدم ارائه تعریف و عدم تدوین مقرراتی تحت عنوان «آیین کدخدامنشی»، چه بسا به دلیل متداول بودن این اصطلاح در زبان فارسی و فرهنگ عمومی جامعه ایران بوده که قانونگذار را از ارائه تعریف و تدوین قواعدی منسجم، مستغنی دانسته است. البته باید اذعان نمود، کاربرد این اصطلاح در ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی (مصوب ۱۳۷۶)، ناشی از تأسی و ترجمه این واژه از ماده ۲۸ قانون نمونه داوری آنستیرال (۱۹۸۵-اصلاحی ۲۰۰۶) بوده است.

در مقام ارائه تعریف «کدخدامنشی عرفی»، با توجه به تاریخچه و مفهوم این واژه در زبان و ادبیات فارسی و متداول بودن آن در فرهنگ عامه ایرانیان، «کدخدامنشی»؛ به شیوه‌ای عرفی و

مسالمت‌آمیز، مبتنی بر اعتماد و دوستی، برای حل و فصل اختلافات و دعاوی، فارغ از توسل به قوای حاکمیتی و قواعد حقوقی تلقی می‌گردد که توسط یک یا چند شخص معتمد صورت می‌گیرد و دارای الزام و ضمانت اجرای عرفی یا قراردادی است». بنابراین؛ کدخدامنشی صرفاً تبیین مبنایی عرفی و انعطاف‌پذیر برای عدول و انصراف داور از توسل به قواعد حقوقی نیست، بلکه در حقوق ایران باید به عنوان یک تأسیس و نهاد حقوقی و شیوه‌ای مستقل برای حل و فصل اختلافات که در آن دانش و نظر شخص کدخدامنش و آداب و رسوم و عرف‌های محلی دارای نقش محوری هستند، تعریف و از نهاد داوری و میانجی‌گری متمایز گردد. با این رویکرد؛ اقدام داور در صدور رأی با عنوان و قید «داوری بر مبنای عدل و انصاف» و یا «داوری بر مبنای کدخدامنشی»، منصرف از معنای «کدخدامنشی عرفی» در معنای متداول در زبان فارسی و به عنوان شیوه‌ای خاص و مستقل در جهت حل و فصل اختلافات است. لذا با توجه با جایگاه عرفی و مقبولیت اجتماعی و پیشینه کدخدامنشی در نظام سنتی حل و فصل اختلافات در پهنای جغرافیای اجتماعی ایران، این تأسیس می‌تواند قابلیت دارا شدن یک رژیم حقوقی و تبدیل شدن به یک نهاد حقوقی انعطاف‌پذیر را داشته باشد.

۱-۲- تفاوت کدخدامنشی عرفی با انصاف

داوری و حل و فصل اختلافات^۱ با اتکاء به «کدخدامنشی» یا «عدل و انصاف»، از نظر مفهوم و شیوه اجرا، محل اختلاف نظر است. با توجه به اینکه «داوری»^۲ در قانون آیین دادرسی مدنی و قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران، به عنوان یک نهاد حقوقی، دارای رژیم حقوقی و قواعد منسجمی است، می‌بایست علاوه بر تمییز واژه «کدخدامنشی عرفی» از واژه «داوری»، همچنین عبارت «داوری کدخدامنشانه» از «داوری مبتنی بر عدل و انصاف» متمایز گردد. علی‌القاعده، داوری باید بر اساس قواعد حقوقی و مقررات داوری صورت گیرد. اما طرفین یا قانونگذار ممکن است انجام داوری را فارغ از قواعد حقوقی و به صورت کدخدامنشانه یا بر اساس «انصاف» تجویز نماید. قانونگذار ایران تعریفی از این واژه‌ها ارائه نداده و تمایزی بین شیوه‌های رسیدگی موصوف قائل نشده است. همچنین، یک رژیم حقوقی و قواعد منسجمی برای رسیدگی و حل و فصل دعاوی مبتنی بر انصاف یا مبتنی بر کدخدامنشی، تدوین و وضع نشده و این امر موجب گردیده تا در خصوص اینکه آیا عبارت «داوری با اختیار صلح»، «داوری مبتنی بر انصاف»، و یا «داوری کدخدامنشانه»، دارای ماهیتی یکسان یا متفاوت هستند، تردید و اختلاف نظر ایجاد گردد. ابهام و تردیدی که در این رابطه ایجاد می‌شود ناشی از این است که آیا داوری خارج از چهارچوب

قواعد حقوقی، امکانپذیر است یا خیر؟ و آیا رأی داوری مبتنی بر کدخدامنشی یا مبتنی بر عدل و انصاف، دارای ضمانت اجرای قانونی و قابلیت صدور اجرائیه است یا خیر؟ پاسخ به این شبهات و سؤالات و تمییز این عبارات، بدواً مستلزم واژه شناختی و تبیین مفهوم و ماهیت حقوقی این واژه‌ها است. ریشه‌یابی لغوی و تاریخیچه به کارگیری واژه «انصاف»، مستلزم مطالعه‌ای جامع در تاریخ حقوق اروپا از دوران باستان تا به امروز و جایگاه آن در نظام‌های حقوقی معاصر است. با اکتفا به اختصار، گفته شده که ارسطو (۳۸۴-۳۲۲ ق.م) برای اولین بار این واژه را در تبیین مفهوم «عدالت قضایی»^۱ به کار برده است (Sammartano, 2002: 461). در حقوق انگلیس، «انصاف» به معنی مجموعه قواعد، معیارها و اصولی است که به تدریج به وجود آمده و در مقابل مؤلفه‌های غیر عادلانه حقوق و قواعد کامن لو، در دعاوی اعمال می‌شود. واژه «انصاف» (Equity)^۲ و یا به عبارت دیگر «قواعد انصاف»^۳ به عنوان یکی از منابع حقوق انگلستان، دارای پیشینه تاریخی و معنا و مفهومی خاص در تطور تاریخی نظام حقوقی کامن لو (Common law) است. قواعد انصاف در ابتدا صرفاً توسط «دادگاه‌های انصاف»^۴ به کار برده می‌شد و بعضاً احکام متعارضی میان دادگاه‌های انصاف و دادگاه‌های کامن لو صادر می‌شد تا اینکه در نیمه دوم قرن نوزدهم با اصلاحات قضایی در انگلستان، قوانین متعددی در سال‌های ۱۸۷۳ تا ۱۸۷۵ تصویب شد و قواعد انصاف و کامن لو در تمام دادگاه‌ها در کنار هم اجرا گردید و در صورت تعارض، قواعد انصاف حکمفرما شد (Martin, 2014: 205).

در مقابل واژه شناخته شده انصاف (Equity) در حقوق انگلستان، اصطلاح لاتین و تأسیس سنتی دیگری تحت عنوان «عدل و انصاف» (Ex aequo et bono) در حقوق داخلی برخی کشورها و حقوق بین‌الملل به کار برده شده است. برخی حقوقدانان این دو مفهوم را مترادف می‌دانند، و برخی دیگر با توجه به مفهوم و قلمرو زمانی و مکانی کاربرد این واژه‌ها، قائل به تمایز هستند (John, 2004: 245). برای شناخت و تشخیص تفاوت این واژه‌ها باید ریشه لغوی و سابقه تاریخی کاربرد آن‌ها مورد توجه قرار گیرد. تأسیس و عبارت (Ex aequo et bono) که به «عدل و انصاف» ترجمه شده، به این مفهوم است که مرجع رسیدگی باید مطابق آنچه که «منصفانه» و منطبق با «وجدان سلیم» است، در اختلافات اتخاذ تصمیم نماید. کاربرد این مفهوم در نظام حل و فصل اختلافات بین‌المللی در موارد متعددی مسبوق به سابقه است و در اسناد و قواعد مربوط به حل و فصل اختلافات بین‌المللی مانند؛ بند ۳ ماده ۱۷ قواعد داوری اتاق بازرگانی

-
1. Judicial justice
 2. which developed in fair system of laws or system of British law a) (noun) - Equity (Oxford, 2017: 513). parallel with the common law to make the common law fairer
 3. Rules of equity
 4. Court of chancery

بین‌المللی (ICC)،^۱ بند ۲ ماده ۳۳ قواعد داوری آنسیترال (UNCITAL - ۱۹۷۶)، بند ۲ ماده ۲۸ قواعد داوری بین‌المللی اتحادیه داوری آمریکا (AAA)،^۲ بند ۳ ماده ۴۲ کنوانسیون حل و فصل اختلافات مربوط به سرمایه‌گذاری (۱۹۶۵) و همچنین در بند (الف) ماده ۵۹ قواعد داوری سازمان جهانی مالکیت فکری (WIPO)،^۳ به کار رفته است (Kurkela, 2010: 532). در ماده ۲۸ قانون داوری آمریکا (۲۰۰۰) و همچنین در ماده ۱۰۵۱ قانون داوری آلمان (۲۰۰۱) نیز هر دو اصطلاح انصاف و کدخدانمشی به کار گرفته شده‌اند. اما در بند ۴ ماده ۲۸ قانون داوری تجاری استرالیا (۲۰۱۳) این دو اصطلاح به کار نرفته و به جای آن مقرر گردیده که دیوان داوری بر اساس «سایر ملاحظات توافق شده توسط طرفین»، تصمیم‌گیری نماید.^۴ در مقررات داوری کشور چین نیز داوری بر مبنای عدل و انصاف پیش‌بینی نشده و صدور رأی داوری بر این مبنا امکان‌پذیر نیست (Pisacane, 2016: 16). در قلمرو حقوق بین‌الملل عمومی و قواعد حاکم بر حل و فصل اختلافات مربوط به دولت‌ها نیز می‌توان به کاربرد عبارت لاتین عدل و انصاف (Aequo et Ex bono) در بند ۲ ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری (۱۹۴۵) اشاره نمود.^۵ این ماده به دیوان اجازه می‌دهد در صورتی که طرفین اختلاف رضایت داده باشند، بر مبنای «Ex Aequo et bono» یا همان «عدل و انصاف» اقدام به رسیدگی و صدور رأی نماید (Sammartano, 2002: 457). در بند ۳ ماده ۱۷ قواعد داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی (ICC-1998) نیز مقرر گردیده: «مرجع داوری فقط در صورتی اختیار دارد به صورت عدل و انصاف یا کدخدانمشی عمل کند که طرفین چنین اجازه‌ای به این مرجع داده باشند». عدم کاربرد واژه (Equity) در قواعد داوری موصوف، حاکی از تفاوت این اصطلاحات در نظر تدوین‌کنندگان قواعد داوری و پرهیز از خلط مبحث با قواعد انصاف در حقوق انگلیس است. تشابه یا تمایز این دو اصطلاح در نظام حقوقی کامن‌لو، به دلیل خروج موضوعی، نمی‌تواند در حقوق داخلی ایران، نقش و کاربردی داشته باشد. مع الوصف قانونگذار ایران در جریان اقتباس ماده ۱۲ قانون داوری تجاری بین‌المللی

1. International Chamber of Commerce: Article 17 (3); 1. The Arbitral Tribunal shall assume the powers of an amiable compositeur or decide ex aequo et bono only if the parties have agreed to give it such powers.

2. American Arbitration Association

(World Intellectual Property Organization): Article 59 (a) The Tribunal may decide as amiable compositeur or ex aequo et bono only if the parties have expressly authorized it to do so

4. Commercial Arbitration Act 2013, Article 28(4): The arbitral tribunal must decide, if the parties so agree, in accordance with such other considerations as are agreed to by the parties.

5. Article 38(2): This provision shall not prejudice the power of the court to decide a case ex aequo et bono, if the parties agree there to.

6. Article 17(3); The Arbitral Tribunal shall assume the powers of an amiable compositeur or decide ex aequo et bono only if the parties have agreed to give it such powers.

از بند ۳ ماده ۲۸ قانون نمونه داوری آنسیترال (۱۹۸۵ و اصلاحی ۲۰۰۶)،^۱ عبارت لاتین «عدل و انصاف» (Ex aequo et bono) را در کنار اصطلاح «کدخدامنشی» (compositeur) (Amiable) به کار برده است. مسلماً کاربرد مفهوم «داوری مبتنی بر عدل و انصاف» در حقوق ایران، با مفهوم و کاربرد اصطلاح انصاف (Equity) در حقوق انگلیس، یکسان نیست. این اصطلاح در حقوق ایران، مصدر باب افعال و از ریشه "انصف" به معنی دادگری کردن، داد دادن، به راستی عمل کردن به کار رفته است و در فقه نیز به معنی؛ به کار بردن وجدان شرعی در اعمال نظر میان متخاصمین به هنگام قضاوت کردن درباره آنان است (انصاری و ظاهری، ۱۳۸۴: ۴۷۹).

در متون حقوقی و فلسفی، تعریف واحدی از واژه (انصاف) ارائه نشده و حتی برخی از حقوقدانان مفهوم این واژه را نامعلوم تلقی کرده‌اند (کاکاوند، ۱۳۹۹: ۲۸۵). عدم امکان ارائه تعریفی واحد و جامع از انصاف، موجب بروز اختلاف نظر و تداخل معنایی آن با مفاهیم دیگری شده است.

هر چند ممکن است، اصطلاح و ترکیب‌های «داوری مبتنی بر عدل و انصاف» و «داوری مبتنی بر کدخدامنشی» به صورت لف و نشر یا مترادف تلقی شوند، اما لسان قانونگذار ایران در بند ۳ ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی، حاکی از تفاوت و بیان دو شیوه حل و فصل اختلاف است؛ یکی «داوری براساس عدل و انصاف» و دیگری «داوری به صورت کدخدامنشی». قانونگذار ایران در سال ۱۳۷۶ طی قانون داوری تجاری بین‌المللی، با ترجمه و تأسی از قانون نمونه داوری آنسیترال، اقدام به تصویب و به کارگیری این دو تأسیس حقوقی، بدون تعریف و لحاظ تفاوت آن‌ها نموده است. هر چند که ماده ۲۷ قانون داوری تجاری ایران مقرر نموده؛ «داور بر حسب قواعد حقوقی که طرفین در مورد ماهیت اختلاف برگزیده‌اند اتخاذ تصمیم خواهد کرد... داور باید در کلیه موارد براساس شرایط قرارداد اتخاذ تصمیم کند و عرف بازرگانی موضوع مربوط را مورد نظر قرار دهد». اما نظر غالب در این خصوص نیز این است که داور می‌تواند حتی مفاد قرارداد را اگر غیر منصفانه تشخیص دهد، نادیده بگیرد و از آن عدول کند. البته در مقررات (ICC) این عبارت که داور باید در کلیه موارد مفاد قرارداد را رعایت کند، قبل از آن قسمت آمده که مربوط به اختیار داور براساس انصاف است (صفائی، ۱۳۹۱: ۲۸).

بنابراین، به نظر می‌رسد؛ منظور از عدل و انصاف چیزی است که مطابق عدل و نیکی باشد یا مطابق نصفت و وجدان باشد. لذا رأی داوری براساس عدل و انصاف، بر مبنای ملاحظات انصاف استوار است و نه قانون. البته افزودن «عدل» به «انصاف» در ماده ۲۷، مفهوم تازه‌ای را به دست نمی‌دهد، زیرا نه ضرورتی به آن است و نه جهت یا مبنایی برای تفاوت وجود دارد (خدابخشی، ۱۳۹۵: ۸۷). تصمیم‌گیری بر مبنای انصاف به این معنی نیست که داور به طور کامل از اعمال قواعد

1. UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Article 28(3); The arbitration tribunal shall decide ex aequo et bono or as amiable compositeur only if the parties have expressly authorized it do so.

حقوقی معاف بوده و آزادی کامل برای تصمیم‌گیری خودسرانه دارد، بلکه به این معنی است که داور مجاز است هر گاه شرایط و اوضاع و احوال مورد خاصی، اقتضا کند، آثار خشک حقوق را تقلیل دهد و در آن انعطاف ایجاد کند. در نتیجه، داوری بر مبنای انصاف خلاف تصور عمومی، لزوماً تصمیم‌گیری خارج از قواعد حقوقی نیست بلکه تکمیل و تصحیح قواعد حقوقی بر مبنای انصاف و عدالت است. دادن حق تصمیم‌گیری بر مبنای انصاف، بیشتر از آنکه اختیاری برای داور ایجاد کند، برای وی مسئولیت می‌آفریند. داور فعال مایه‌ا نیست که با توسل به مفاهیم ذهنی و شخصی قضاوت کند، بلکه برای احتراز از خطر ابطال رأی، تصمیم خود را پس از ارزیابی گسترده کنوانسیون‌ها، قوانین، عرف‌ها و رویه معمول به طرفین، و تنها در صورت اقتضاء شرایط خاص هر مورد، بر معیارهای نوعی انصاف و عدالت بنا می‌کند. این تصمیم باید در عین حال متضمن رعایت اصول دادرسی عادلانه باشد (شهبازی نیا، ۱۳۹۱: ۱۳۴). بنابراین؛ عقیده غالب بر این است که در داوری براساس انصاف، مرجع داوری می‌تواند از قواعد ماهوی و عرف‌ها عدول نماید و مکلف به رعایت مَر قانون نیست و اگر آن را برخلاف انصاف تشخیص دهد می‌تواند آن قانون ماهوی را تعدیل و نادیده بگیرد. به عبارت دیگر، تصمیم‌گیری بر مبنای عدل و انصاف به داور این اجازه و اختیار را اعطا می‌کند که فراتر از قواعد حقوقی اقدام به اتخاذ تصمیم ماهوی نماید (Leon, 2008: 623). البته برخی از حقوقدانان؛ «عدل و انصاف» و «کدخدامنشی» را مترادف تلقی کرده‌اند، آنچنانکه در حقوق فرانسه گفته شده که این دو نهاد با هم مترادف هستند و برخی دیگر از حقوقدانان بین این دو شیوه حل و فصل اختلاف، تمایز قائل شده‌اند (Sammaratano, 2002: 471)، اما با در نظر گرفتن ویژگی‌ها و سابقه کاربرد مستقل آن‌ها در قواعد مدون داوری تجاری بین‌المللی و با توجه به مفهوم و پیشینه تاریخی و عرفی کاربرد این اصطلاحات، باید بین آن‌ها تمایز قائل شد.

۲- کدخدامنشی و نهاد داوری

۲-۱- مفهوم «داوری کدخدامنشانه» و «داوری بر مبنای قواعد حقوقی»

در زمان مطالعه شیوه‌های حل و فصل اختلافات، باید بین مفاهیم «کدخدامنشی عرفی»، «داوری کدخدامنشانه» و «داوری بر مبنای قواعد حقوقی» قائل به تفکیک شویم. در ادبیات حقوقی معاصر و از اواخر دهه ۱۹۶۰، روش‌ها و مصادیقی تحت عنوان «شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلاف» (ADR)^۱ معرفی و شناخته شده‌اند، اما از اصطلاح «Amiable compositeur» به عنوان یکی از شیوه‌ها و روش‌های مستقل برای حل و فصل اختلافات و یکی از مصادیق (ADR)، نام برده نشده است. این اصطلاح، صرفاً به عنوان «یکی از شیوه‌های داوری» در کشورهای رومی ژرمنی و

اسناد بین‌المللی مورد قبول واقع شده و در ذیل مباحث داوری و تحت عنوان «داوری کدخدامنشانه» مورد مطالعه قرار گرفته است (Hong, 2000: 79). برخی از حقوقدانان، عبارت (Amiable compositeur) را در معنی «سازش‌دهنده دوستانه» ترجمه کرده‌اند (محبی و کاویار، ۱۳۹۵: ۲۷). همچنین این عبارت در معنی «از روی خیرخواهی» (مافی، ۱۳۹۵: ۳۴۰) و یا در مفهوم «میانجی‌گری دوستانه» ترجمه شده است (دی ام لیو، ۱۳۹۱: ۴۷۸). اما معادل‌سازی و ترجمه دقیق این عبارت به زبان فارسی، مستلزم تأمل در مفهوم و کاربرد آن در زبان انگلیسی است و نباید با «کدخدامنشی عرفی» مصطلح و متداول در زبان فارسی خلط گردد، هر چند ممکن است این واژه‌ها از نظر مفهومی، دارای تشابهاتی باشند.

در آثار حقوقی و قواعد مربوط شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلاف (ADR)، و در نظام حقوقی بسیاری از کشورها مانند آمریکا و ایران، داوری و میانجیگری از نهادهای حقوقی شناخته شده و از مصادیق (ADR) به شمار می‌آیند. اما هنوز «کدخدامنشی عرفی» با تعریفی که در زبان فارسی و فرهنگ عامه ایران وجود دارد، از مصادیق (ADR)، به شمار نیامده و در ادبیات حقوقی (ADR) ناشناخته است، در صورتی که قابلیت شناخته شدن به عنوان یکی از مصادیق (ADR)، را دارا می‌باشد و با این رویکرد باید از (داوری کدخدامنشانه) متمایز گردد.

زمانی که تلاقی قصد طرفین قرارداد، تصریحاً ظهور در حل و فصل اختلاف، صرفاً و منحصرأ از طریق «کدخدامنشی عرفی» یا همان ریش سفیدی را دارد، باید از شیوه حل و فصل اختلاف از طریق «داوری براساس قواعد حقوقی» یا «داوری کدخدامنشانه» متمایز گردد. داوری کدخدامنشانه «Amiable compositeur» همان توسل به نهاد داوری است با این تفاوت که داور تکلیفی در رعایت قواعد حقوقی ندارد، بلکه می‌تواند براساس انصاف، قواعد اخلاقی، عرف و تشخیص و تصمیم خودش یا هر مبنای دیگری اقدام نموده و رأی خود را مطابق هر مبنایی که عادلانه و منصفانه به نظر می‌رسد، صادر کند، بدون اینکه ملزم باشد استدلال‌های حقوقی برای یافته‌های خود ارائه دهد. بنابراین داوری براساس قانون، اصل، و داوری براساس کدخدامنشی، استثناء است (محبی، ۱۳۹۰: ۱۸۰). البته طبق ماده ۳۴ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران؛ داور در هر حال مکلف به رعایت قواعد نظم عمومی است. بنابراین داور در تفسیر قانون، یا تفسیر قرارداد اصلی و یا تفسیر شرط داوری، مقید به ریزه کاری‌های حقوقی و تعبیرهای مضیق نیست و در مواردی که شرط داوری دارای قید انصاف یا کدخدامنشی است، آزادی داور در مقام تفسیر، دارای انعطاف بیشتری است (مافی، ۱۳۹۵: ۳۴۰). با این توضیح، اگر تلاقی قصد طرفین ظهور در «کدخدامنشی عرفی» داشته باشد و منظور طرفین توسل به نهاد داوری و قواعد و ضمانت اجرای آن نباشد، بالتبع بحث از ضمانت اجرای رأی شخص کدخدامنش و صدور اجراییه منتفی است و باید طبق

عمومات حقوق مدنی متوسل به ضمانت اجرای قراردادی مبنی بر الزام به اجرای مفاد تصمیم و رأی کدخدامنشی شد.

۲-۲- تفاوت‌های «کدخدامنشی عرفی» با «نهاد داوری»

در نهاد داوری، داور براساس قواعد حقوقی، اقدام به صدور رأی و فصل خصومت می‌نماید و رسیدگی داوری به صدور «رأی نهایی و لازم‌الاجرا»^۱ منتهی خواهد شد و رأی و نظر داور به عنوان محور رسیدگی و حل و فصل اختلاف مورد توجه قرار می‌گیرد (Moses, 2012: 2). طبق ماده ۴۸۸ ق. آ. د. م ایران، «رأی داور» دارای ضمانت اجرای قانونی بوده و برای طرفین الزام‌آور است. اما در کدخدامنشی عرفی، هر چند که شخص کدخدامنش نیز اقدام به اظهار نظر و صدور رأی می‌نماید، اما نظر و رأی کدخدامنش بر مبنای قواعد حقوقی نبوده و دارای ضمانت اجرای قانونی نیست. کدخدامنشی دارای ماهیتی قراردادی است زیرا طرفین با تراضی اقدام به ارجاع حل و فصل اختلاف به شخص کدخدامنش نموده‌اند و به تبع عقد و قرارداد اصلی، این شرط نیز الزام‌آور است. بنابراین نتیجه کدخدامنشی و نهایتاً رأی و نظر کدخدامنش نیز متأثر از ماهیت قراردادی موصوف، برای طرفین الزام‌آور بوده و در صورت عدم اجرای مفاد رأی کدخدامنش، امکان الزام به اجرای آن طبق قواعد عمومی حاکم بر دعاوی قراردادی در مرجع قضایی و با اقامه دعوا وجود دارد، مگر اینکه عرف آن نوع معاملات یا عرف حاکم بر روابط طرفین حاکی از اختیار طرفین در عدم الزام به اجرای رأی کدخدامنش باشد.

داور در مقام رسیدگی و بر حسب مورد، در «داوری‌های داخلی»^۲ ملزم به رعایت قواعد ماهوی و آیین داوری مصرح در قانون آیین دادرسی مدنی و در «داوری‌های تجاری بین‌المللی»^۳ ملزم به رعایت قانون داوری تجاری بین‌المللی است. اما کدخدامنش عمدتاً براساس موقعیت یا شخصیت کاریزماتیک، نفوذ کلام و الزامات عرفی و اخلاقی و سرزنش و فشارهای اجتماعی اقدام می‌نماید و عدم رعایت رأی کدخدامنش علاوه بر سرزنش‌های اخلاقی، اجتماعی و عرفی، الزام قراردادی را نیز به همراه خواهد داشت، در صورتیکه رأی داور طبق ماده ۴۸۸ ق. آ. د. م مستقیماً در اجرای احکام دادگستری قابل صدور اجرائیه بوده و دارای الزام و ضمانت اجرای قانونی است. البته همانند داوری، در کدخدامنشی نیز، شخص ثالث دارای نقش محوری است و معمولاً ریش سفیدان و بزرگان محلات و قبایل یا روستاها، نقش مهمی داشته‌اند و از این روست که با تساهل، «میانجی‌گری»^۴ را مترادف و معادل «کدخدامنشی» تلقی کرده‌اند. اما باید قائل به تمایز و تفکیک

1. Final and Binding Award

2. Domestic Arbitration

3. Arbitration International Commercial

4. argument agree (noun) attempt by a third party to make the two sides in an Mediation: ^۴
A form of alternative dispute resolution in which an independent third party (mediator)

شد زیرا ماهیت و آثار «قرارداد ارجاع اختلاف به کدخدامنشی» به عنوان یک عقد لازم، با ماهیت و آثار میانجیگری متفاوت است. بنابراین اگر در قرارداد، شیوه حل و فصل اختلافات به صورت یکی از این سه مورد؛ «داوری»، «داوری از طریق کدخدامنشی» و یا «کدخدامنشی عرفی» ذکر گردد، مترادف یا متفاوت تلقی کردن هر یک از این روش‌ها، دارای آثاری است که مستلزم شناخت این واژه‌ها و «تفسیر شرط داوری»^۲ است.

یکی دیگر از تفاوت‌های اصلی «کدخدامنشی عرفی» با «داوری»، بحث از قواعدی است که رأی داور یا کدخدامنش بر مبنای آن صادر می‌شود. طبق ماده ۴۸۲ ق.آ.د.م رأی داور باید منطبق با قواعد حقوقی و به صورت موجه و مدلل صادر گردد و اگر رأی مرجع داوری به صورت موجه و مدلل صادر نگردد، مغایر اصول بنیادین دادرسی و قواعد موجد حق تلقی می‌گردد و قابل ابطال است (امینی و منصوری، ۱۳۰۷: ۱۰). در کدخدامنشی عرفی، حل و فصل اختلاف و نزاع، براساس شیوه و روش کدخدامنشی و فارغ از قواعد حقوقی صورت می‌گیرد و آثار و نتایج رأی داوری را دارا نمی‌باشد. اما در وضعیتی که داوری باید بر مبنای کدخدامنشی صورت گیرد، ما با «نوعی خاص از داوری» مواجه هستیم که به «داوری کدخدامنشانه» مشهور است و «ترکیبی از داوری و کدخدامنشی» است که با «کدخدامنشی عرفی» متفاوت است. در این نوع از داوری که به داوری کدخدامنشانه یا «Amiable compositeur» شهرت دارد، شخص داور، فارغ از قواعد حقوقی اقدام به رسیدگی و صدور رأی می‌نماید، با این تفاوت که رأی او دارای آثار رأی داوری و ضمانت اجرای قانونی است. بنابراین وجه تمایز داوری با کدخدامنشی عرفی این است که، در نهاد داوری، داور ملزم به انطباق واقعه با قانون و قواعد حقوقی است، در صورتی که در کدخدامنشی عرفی، چنین الزامی وجود ندارد و رأی کدخدامنش ممکن است مبتنی بر آموزه‌های مذهبی، آداب و رسوم، عرف‌های خاص، دانش و تشخیص کدخدامنش و یا مصالح اجتماعی باشد.

در رأی شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۱۵۰۰۸۸ - ۱۳۹۲/۲/۴ شعبه ۱۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، اثر حقوقی سلب وصف الزام آور بودن آراء داوری و تفاوت داوری با کدخدامنشی مورد تصریح قرار گرفته و آمده است؛ «در خصوص تجدیدنظر خواهی آقای ... نسبت به دادنامه شماره ۶۷۴ - ۸/۲۱/۹۱ صادره از شعبه محترم ۴۴ دادگاه حقوقی تهران که مطابق آن دعوای ابطال رأی داوری مورد اجابت واقع گردیده، دادگاه قطع نظر از ایرادات عدیده که بر رأی داوری مذکور از حیث شکل و ماهیت وارد است از آنجا که شرط داوری موضوع بند ۳ ماده ۸ قرارداد فی مابین ظهور در حکمیت داوری قانونی با عنایت به قید انتهایی (در صورت لزوم اعتراضات طرفین در مراجع

2. assists parties involved in a dispute or negotiation to achieve a mutually acceptable resolution of the points or conflict.

3. Interpretation of Arbitration Clause.

قضایی ذیصلاح مسموع خواهد بود) به نحوی که الزام آور برای طرفین باشد نبوده، در حالی که ویژگی ذاتی رأی داوری قانونی، الزام آور بودن آن برای طرفین است و در فرضی که طرفین این الزام آور بودن را از رأی سلب نمایند، رأی داور از نوع داور کدخدامنشی است که اجرای آن توسط طرفین باید با میل و رغبت طرفین باشد و در مانحن فیه قابل اعتراض بودن یعنی عدم تبعیت از رأی داوری است هر چند که مرجعی برای رسیدگی به اعتراض و موارد آن در قانون مشخص نشده و موارد موضوع ماده ۴۸۹ قانون آیین دادرسی مدنی از موارد ابطال است نه اعتراض و مواد مذکور هر یک حکم قانونی است که قابل اعتراض دانستن یا ندانستن رأی داور توسط طرفین در حاکمیت آن نقشی ندارد، علی‌ای حال دادگاه رأی معترض عنه را از حیث نتیجه با رد تجدیدنظر خواهی تقدیمی تأیید می‌نماید، مضافاً اینکه رأیی که مورد اعتراض واقع شده تنها رأی یکی از داوران است، بنابراین هیأت دو نفره داوری رأی صادر نموده که مناط اعتبار و موجد اثر باشد و از فرض همین اظهار نظر احد از داوران مورد اعتراض است در واقع نوعی پیشنهاد به طرح موضوع در مرجع قضایی است و واجد وصف فصل خصومت که ارکان ذاتی رأی داوری است نیست» (پژوهشگاه قوه قضاییه، ۱۳۹۳: ۱۲۱). در این رأی، مفهوم، ماهیت و آثار «داوری کدخدامنشانه» با «کدخدامنشی عرفی» خلط شده و دادگاه آن‌ها را مترادف و هم معنی تلقی کرده است.

همچنین شعبه اول دادگاه تجدیدنظر استان تهران طی رأی شماره ۷۹۵-۱۳۸۲/۶/۲۲ از کلاسه ۷۸۷/۱/۸۲ چنین نظر داده که پیش‌بینی حل و فصل اختلافات از طریق کدخدامنشی، ظهور در ارجاع امر به داوری ندارد و به موجب این رأی مقرر نموده است: «در خصوص تجدیدنظر خواهی شرکت آرد دره شهر... نسبت به دادنامه شماره ۲۳۷۲/۸۱-۸۱/۱۲/۱۳-۸۱ صادره از شعبه ۱۱۴ دادگاه عمومی تهران در پرونده کلاسه ۱۷۸۹/۷۹ آن دادگاه که به موجب آن به جهت پیش‌بینی حل و فصل اختلافات از طریق کدخدامنشی در بند ۱۰ قرارداد مستند دعوی خواهان قرار عدم استماع دعوی صادر شده است نظر به اینکه درج چنین شرطی ظهور در ارجاع امر به داوری ندارد دعوی مطروحه به موجب ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی دادگاه‌های عمومی و انقلاب لزوماً باید [در دادگاه‌های عمومی] رسیدگی شود و به فصل خصومت منتهی شود. بنابراین دادگاه به استناد ماده ۳۵۳ قانون مذکور قرار صادره نقض و پرونده را جهت رسیدگی به دادگاه بدوی اعاده می‌نماید» (زندگی، ۱۳۹۰: ۸). در این رأی، به‌طور صحیح، ماهیت حقوقی و آثار مستقلی برای کدخدامنشی به رسمیت شناخته شده و از نهاد داوری و آثار مترتب بر رأی داوری، متمایز شده است.

در حقوق داخلی اگر در قرارداد، حل و فصل اختلاف صرفاً از طریق کدخدامنشی عرفی، پیش‌بینی شده باشد و قصد طرفین حاکی از انعقاد موافقت‌نامه داوری و تبعیت از قواعد داوری نباشد، در این وضعیت رأی کدخدامنش، فاقد آثار رأی داوری است. اما اگر شیوه حل و فصل اختلاف تحت عنوان «داوری کدخدامنشانه» ذکر شده باشد، رأی داور بر مبنای کدخدامنشی

صادر خواهد شد و مشمول قواعد داوری و آیین دادرسی مدنی بوده و لازم‌الاجرا می‌باشد. بنابراین، داوری مربوط به اتاق و اتحادیه‌های تعاونی موضوع مواد ۵۷ و ۶۴ قانون بخش تعاون، «داوری از طریق کدخدامنشی» است و نهایتاً آراء صادره توسط داوران، طبق ماده ۴۸۸ قانون آیین دادرسی مدنی قابل اجرا می‌باشد. در داوری از طریق کدخدامنشی، داور باید مفاد قرارداد و تعهدات طرفین را رعایت و اعمال نماید اما در «داوری براساس انصاف»، داور اگر تشخیص دهد مفاد قرارداد مغایر عدل و انصاف است، می‌تواند از آن عدول نماید و اگر قائل به مفهومی غیر از این باشیم و داور را در قواعد حقوقی و مفاد قرارداد محصور نماییم، رسیدگی براساس عدل و انصاف، مصداق خارجی و کاربردی، نخواهد داشت.

اسناد و قواعد بین‌المللی مرتبط با داوری به نوبه‌ی خود سعی در محدود کردن اختیار داوران در صدور حکم بر مبنای کدخدامنشی یا انصاف را دارند. این اسناد مقرر می‌دارند؛ داوران صرفاً زمانی به عنوان حکمیت و کدخدامنشی می‌توانند اعلام نظر و رأی نمایند که طرفین چنین اختیاری را به آنان تفویض کرده باشند. مطابق بند ۳ ماده ۲۱ مقررات داوری اتاق تجارت بین‌الملل، داور فقط زمانی به عنوان کدخدامنشی حکم صادر می‌کند یا بر مبنای انصاف تصمیم می‌گیرد که طرفین توافق کرده باشند که او چنین اختیاری داشته باشد. همچنین بند ۳ ماده ۲۸ قانون نمونه آنسترال ۲۰۰۶ و نیز ماده ۱۵۱۲ قانون جدید دادرسی مدنی فرانسه اصلاحی ۲۰۱۲ که مقرر می‌دارد؛ «دیوان داوری صرفاً زمانی به عنوان کدخدامنشی رأی صادر می‌کند که طرفین چنین مأموریتی را به آن واگذار کرده باشند». مقررات بعضی از اسناد بین‌المللی مرتبط با داوری مانند بند ۲ ماده ۷ کنوانسیون ژنو ۱۹۶۱ این اختیار را با قاطعیت بیشتری محدود می‌کند. مطابق این مقرر «داوران زمانی به عنوان حکم صرف (کدخدامنشانه) رأی خواهند داد که اراده طرفین بر آن قرار گرفته و قانون حاکم بر داوری نیز آن را تجویز نماید» (عابدی، ۱۳۹۶: ۱۴۷-۱۴۸).

برای شناخت مفهوم کدخدامنشی عرفی و پیشنهاد کاربرد آن به عنوان یک روش مستقل غیر قضایی در جهت حل و فصل اختلافات و نزاع‌ها و تمییز آن از نهاد داوری، بهتر است تفاوت‌های اصلی این دو اصطلاح مورد توجه قرار گیرد. هر چند که در قواعد و مقررات موضوعه‌ی حاکم بر داوری، نمی‌توان از کدخدامنشی به عنوان یک شیوه حقوقی نظام‌مند و مستقل برای حل و فصل اختلافات نام برد و در حقوق ایران فاقد یک رژیم حقوقی و قواعد منسجم است، اما با توجه به کاربرد این اصطلاح در محاورات روزمره عامه مردم و حتی در ادبیات نگارش قراردادهای ضرورت دارد ماهیت و تفاوت‌های نهاد داوری با کدخدامنشی عرفی به عنوان دو شیوه برای حل و فصل اختلافات و منازعات و آثار مترتب بر آراء صادره توسط داور یا کدخدامنش، مورد توجه قرار گیرد. مرجع رسیدگی در زمان بروز اختلاف در خصوص ماهیت و اوصاف شیوه‌ی منتخب طرفین، در مقام تفسیر مفاد قرارداد اصلی یا تفسیر شرط داوری، باید قصد مشترک طرفین

در خصوص ماهیت و شیوه منتخب حل و فصل اختلاف را احراز نماید. اگر منظور طرفین از به کاربردن واژه کدخدامنشی، همان داوری مصطلح باشد، بالتبع طرفین مقید و ملزم به اجرای رأی داوری، وفق مقررات آیین دادرسی مدنی هستند، اما در هر حال اگر رأی کدخدامنش یا داور، قوانین موجد حق را نقض نماید، رای موصوف قابل ابطال است، هر چند که طرفین بر این روش تراضی نموده باشند. (امینی و رشیدی، ۱۳۹۹: ۶۷).

نتیجه گیری

با توجه به پیشینه تاریخی و کاربرد واژه «کدخدامنشی» در تمام جغرافیای اجتماعی ایران، قانونگذار ایران در قوانین متعددی این واژه را به کار برده، اما تعریفی از آن را ارائه نداده و فاقد قواعد مدونی است. عدم ارائه تعریف و عدم وضع رژیم حقوقی و قواعدی منسجم تحت عنوان آیین کدخدامنشی، ضمن ابهام در اوصاف، بعضاً موجب شده تا کدخدامنشی با نهادهای حقوقی شناخته شده در حقوق ایران مانند «داوری» یا «میانجی گری» و یا با واژه‌هایی مانند «انصاف» و یا «داوری کدخدامنشانه» خلط گردد. اگر کدخدامنشی یا داوری به عنوان شیوه‌های حل و فصل اختلافات در قرارداد درج گردند، در مقام اجرای این شرط، داور یا مرجع قضایی در موضع و مقام تفسیر این شرط قرار خواهند گرفت و باید رفع ابهام نموده و واژه کدخدامنشی را از واژه داوری تمیز دهند. تفاوت اصلی و اساسی داوری با «کدخدامنشی عرفی» این است که داوری باید منطبق با قواعد حقوقی باشد، اما در کدخدامنشی چنین تکلیفی وجود ندارد. مضافاً اینکه، رأی و نظر کدخدامنش فاقد ضمانت اجرای قانونی بوده و مانند رأی داوری قابلیت اجرایی ندارد. البته اگر قانونگذار یا طرفین از عبارت «داوری براساس کدخدامنشی» استفاده نمایند، منظور و هدف طرفین یا قانونگذار، حل و فصل اختلاف از طریق داوری است.

در ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران (مصوب ۱۳۷۶) به دو شیوه از داوری تصریح شده که عبارتند از؛ «داوری مبتنی بر انصاف» و «داوری کدخدامنشانه». نظر و تلقی قانونگذار ایران این بوده که مرجع داوری می‌تواند علاوه بر رسیدگی براساس قواعد حقوقی، براساس انصاف یا کدخدامنشی نیز رسیدگی نموده و رأی صادر کند و اختیار عدول از رسیدگی براساس قواعد حقوقی را برای داور قائل شده است. آنچنان که در قانون بخش تعاون نیز قانونگذار از شیوه حل و فصل اختلاف براساس کدخدامنشی نام برده است. دو شیوه و عبارت به کار رفته در ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران، اقتباسی از قانون نمونه داوری آنستیرال (۲۰۰۶) است که در هر حال رأی صادره توسط مرجع داوری، تابع قواعد داوری است و با آثار رأی «کدخدامنشی عرفی» متداول در زبان فارسی متفاوت است. کدخدامنشی عرفی با توجه به پیشینه تاریخی و جایگاه اجتماعی آن در جامعه ایران و تفاوت‌های آن با نهاد داوری، قابلیت دارا شدن رژیم

حقوقی و قواعدی منسجم و تبدیل شدن به یک نهاد حقوقی مستقل و شیوه ای برای حل و فصل اختلافات را دارد و حتی می تواند در قلمرو نظریات عدالت ترمیمی و در شمار مصادیق (ADR) نیز قرار گیرد.

منابع

- آریان پور کاشانی، منوچهر (۱۳۹۱)، **فرهنگ جامع پیشرو آریان پور فارسی انگلیسی**، چاپ ششم، تهران: نشر جهان رایانه.
- امین، سید حسن (۱۳۸۲)، **تاریخ حقوق ایران**، چاپ اول، تهران: انتشارات دایره المعارف.
- امینی، عیسی و منصور، عباس (۱۳۹۷)، «موجه و مدلل بودن رأی داوری داخلی با نگاهی بر رویه قضایی»، **فصلنامه پژوهش حقوق خصوص دانشگاه علامه**، شماره ۲۲: ۱۰.
- امینی، عیسی و رشیدی، امید (۱۳۹۹)، **تفسیر شرط داوری**، چاپ اول، تهران: انتشارات مجد.
- انصاری، مسعود و طاهری، محمدعلی (۱۳۸۴)، **دانشنامه حقوق خصوصی**، چاپ اول، تهران: انتشارات محراب فکر.
- انوری، حسن (۱۳۹۰)، **فرهنگ بزرگ سخن**، ج ۶، چاپ هفتم، تهران: انتشارات سخن.
- بیگ زاده، صفر (۱۳۹۱)، **فرهنگ تعاریف قانونی**، چاپ اول، تهران: انتشارات کلک صبا.
- پژوهشگاه قوه قضائیه (۱۳۹۳)، **مجموعه آراء قضائی حقوقی**، چاپ اول، تهران: انتشارات قوه قضائیه.
- حسن دوست، محمد (۱۳۹۳)، **فرهنگ ریشه شناختی زبان فارسی**، چاپ اول، تهران: نشر آثار.
- خدابخشی، عبدالله (۱۳۹۵)، **حقوق دعاوی**، چاپ اول، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- دی ام لیو، جولیان (۱۳۹۱)، **داوری تجاری بین المللی تطبیقی**، چاپ اول، مترجم محمد حبیبی، قم: انتشارات دانشگاه مفید.
- زندگی، محمدرضا (۱۳۹۰)، **رویه قضایی دادگاه های تجدیدنظر استان تهران**، چاپ سوم، تهران: انتشارات جنگل.
- شهبازی نیا، مرتضی (۱۳۹۱)، «داوری و انصاف»، **مجموعه مقالات همایش صدمین سال تأسیس نهاد داوری**، نشر دانش، ۸۸: ۱۲۵.
- صفایی، سید حسین (۱۳۹۱) «داوری براساس انصاف و داوری با اختیار صلح»، **مجموعه مقالات همایش صدمین سال تأسیس نهاد داوری**، نشر دانش، ۸۸: ۲۸.
- صفی زاده، فاروق (۱۳۹۱)، **تاریخ حقوق در ایران باستان**، چاپ اول، تهران: انتشارات جنگل.
- صلح چی، محمد علی (۱۳۹۰)، **اسناد بین المللی راجع به حل و فصل مسالمت آمیز اختلافات بین المللی**، چاپ اول، تهران: انتشارات جنگل.

- عابدی، محمدتقی (۱۳۹۶)، **حقوق حاکم در داوری‌های تجاری بین‌المللی**، چاپ اول، تهران: بنیاد حقوقی میزان.
- عبداللهی، غلامحسین (۱۳۹۵)، **فرهنگ لغات و اصطلاحات شهر و شهرداری**، چاپ اول، تهران: انتشارات مجد.
- کاکاوند، محمد (۱۳۹۹)، **حقوق داوری**، ج دوم، چاپ اول، تهران: انتشارات نهاد.
- مافی، همایون (۱۳۹۵)، **شرحی بر قانون داوری تجاری بین‌المللی**، چاپ اول، تهران: انتشارات دانشگاه علوم قضایی.
- محبی، محسن و کاویار، حسین (۱۳۹۵)، **مجموعه مقررات آنستیرال**، چاپ سوم، تهران: انتشارات خرسندی.
- محبی، محسن (۱۳۹۰)، **دیوان داوری دعاوی ایران - ایالات متحده**، مترجم محمد حبیبی، چاپ دوم، تهران: انتشارات شهر دانش.

- Garner, Bryan A (2004), **black's law Dictionary**, Eighth Edition ,United States: Thomson.
- Hong, Yulin(2000), Amiable Composition ,a learning Curve, **Journal of International arbitration**,Vol, 17, No 1:79
- Kurkela, Matti S (2010), **Due Process in International Commercial Arbitration**, Second Edition, United states of Amirica,oxford: University Press.
- Leon, Trakman (2008), Ex Aequo et Bono:De-Mystifying ab Ancient Concept, Chicago, **Journal of International Law**, Vol 8(2),Winter: 623
- Martin, A, Elizabeth(2016),**Oxford Dictionary of Law**, Seventh Edition, UK: Oxford university Press.
- Moses, Margaret L (2012), **The Prenciples and Practice of International Commercial Arbitration**, Second Edition ,United states of Amirica: Cambridge University Press.
- O'malley, Nathan D(2012), **Rules of Evidence in International arbitration**, London, Routledge.
- Oxford university (2017), **Advanced Learner's Dictionary**, Eighth Edition ,UK: Oxford university Press.
- Pisacane,Giovanni(2016), **Arbitration in China Rules & Perspectives**, China, Springer.
- Sammaratano, Rubino Mauro (2002), **International Arbitration Law** ,Second Edition ,New Dehli: Aditya Books Private Limited.