

## Scope of Application of Equity in International Commercial Arbitration under Iranian and English Law

Mohammad Bagher Amerinia<sup>1</sup>, Ali Rezaei<sup>2</sup>, Reza Farajpour<sup>3</sup>

### Abstract

**Field and Aims:** Equity, at first glance, appears as a flame of moral justice shining at the heart of human values. However, in the realm of law, this concept transcends mere morality, transforming into a legal force that plays a pivotal role in international commercial arbitration. Once, envisioning a place for equity in judicial systems seemed challenging, but modern legal developments have turned it into a tool for achieving justice. In some countries, such as England, equity is recognized as a legal principle, firmly established in statutes and judicial practices, while in Iran, it is acknowledged as a legal criterion only in specific cases. Comparing the legal systems of Iran and England one with a structured approach to equity and the other with a more cautious stance can shed light on this enigma. Nonetheless, Iran's legal system holds latent potential for expanding the application of equity. On an international level, equity has gradually gained a legal status in commercial arbitration. Judges and legal scholars recognize its necessity in procedural matters, such as ensuring impartiality, and in substantive decisions, such as mitigating unjust outcomes. For instance, in an investment arbitration case, arbitrators used equity to balance the rights of the investor with the public interests of the host state, a decision that upheld both justice and legal principles. These practices demonstrate that equity is no longer merely a moral ideal but a legal force guiding arbitration toward true justice. This study, adopting a descriptive-analytical approach and utilizing library resources, shows that in England, equity is accepted as a legal principle in both procedural and substantive aspects, whereas in Iran, its application is structured in procedural matters but limited to specific legal cases in substantive matters. However, Iran's legal framework, particularly in international arbitration, allows equity to play a broader role even in the absence of explicit laws. Like a breeze filling the gaps in the law, equity can transform international commercial arbitration into a tool for realizing true justice, provided it is applied carefully within a legal framework. **Keywords:** Equity, Fair Arbitration, International Commercial Arbitration, Fair Award, Legal Principle, Principles of Fair Procedure.

**Keywords:** Fairness, Fair Arbitration, International Commercial Arbitration, Fair Award, legal rule, Principles of fair trial.

\*Citation (APA): Amerinia, M.; Rezaei, A.; Farajpour, R. (2024). Scope of Application of Equity in International Commercial Arbitration under Iranian and English Law. *International Legal Research*, 17(65), 105-130.

1. Associate Professor, Department of Law, Yasouj Branch, Islamic Azad University, Yasouj, Iran. (Author). Email: amerinia1@iau.ac.ir

2. Associate Professor, Department of Private and Islamic Law, Faculty of Law and Political Sciences, University of Shiraz, Shiraz, Iran. Email: a-rezaei@shirazu.ac.ir

3. Ph.D. Student in Private Law, Yasouj Branch, Islamic Azad University, Yasouj, Iran. Email: r.farajpour@iau.ac.ir

## حدود کاربرد انصاف در داوری تجاری بین المللی در حقوق ایران و انگلیس

محمدباقر عامری نیا<sup>۱</sup>، علی رضایی<sup>۲</sup>، رضا فرج پور<sup>۳</sup>

### چکیده

**زمینه و هدف:** انصاف، در نگاه اول، گویی شعله‌ای از عدالت اخلاقی است که در قلب ارزش‌های انسانی می‌درخشد؛ اما در دنیای حقوق، این مفهوم از قلمرو صرفاً اخلاقی فراتر رفته و به نیرویی حقوقی تبدیل شده که در داوری تجاری بین المللی نقشی تعیین کننده ایفا می‌کند. زمانی تصور جایگاهی برای انصاف در نظام‌های دادرسی دشوار بود، اما تحولات حقوقی نوین، آن را به ابزاری برای تکمیل عدالت بدل کرده است. در برخی کشورها، مانند انگلیس، انصاف به عنوان قاعده‌ای حقوقی پذیرفته شده و در قوانین و رویه‌های قضایی جایگاه مستحکمی یافته است؛ در حالی که در ایران، تنها در موارد خاصی به عنوان معیاری حقوقی به رسمیت شناخته می‌شود. مقایسه حقوق ایران و انگلیس، یکی، با رویکرد قاعده‌مند به انصاف و دیگری، با نگاهی محتاطانه‌تر، می‌تواند این معما را روشن کند. با این حال، حقوق ایران ظرفیت‌های پنهانی برای گسترش کاربرد انصاف دارد. در سطح بین المللی، انصاف به تدریج جایگاهی حقوقی در داوری تجاری یافته است. قضات و حقوق دانان به ضرورت آن در فرایندهای آیینی، مانند تضمین بی طرفی، و در تصمیم گیری‌های ماهوی، مانند تعدیل نتایج ناعادلانه، اذعان دارند؛ برای مثال، در یک پرونده داوری سرمایه گذاری، داوران با استفاده از انصاف، بین حقوق سرمایه گذار و منافع عمومی دولت میزبان تعادل برقرار کردند؛ تصمیمی که هم عدالت را تأمین کرد و هم با اصول حقوقی سازگار بود. این رویه‌ها نشان می‌دهند که انصاف دیگر صرفاً یک ایده اخلاقی نیست، بلکه نیرویی حقوقی است که داوری را به سوی عدالت واقعی هدایت می‌کند. این بررسی، با نگاهی توصیفی - تحلیلی و بهره گیری از منابع کتابخانه‌ای، نشان می‌دهد که در انگلیس، انصاف در هر دو جنبه آیینی و ماهوی به عنوان قاعده‌ای حقوقی پذیرفته شده است؛ اما در ایران، کاربرد آن در فرایند آیینی قاعده‌مند و در بخش ماهوی به موارد قانونی محدود می‌شود. با این حال، ظرفیت‌های حقوق ایران، به ویژه در داوری‌های بین المللی، امکان می‌دهد که انصاف حتی در نبود قوانین صریح، نقشی بزرگ‌تر ایفا کند. انصاف، مانند نسیمی که شکاف‌های قانون را پر می‌کند، می‌تواند داوری تجاری بین المللی را به ابزاری برای تحقق عدالت واقعی بدل کند؛ به شرط آنکه با دقت و در چارچوبی حقوقی به کار گرفته شود.

**کلیدواژه‌ها:** انصاف، داوری منصفانه، داوری تجاری بین المللی، رأی منصفانه، قاعده حقوقی، اصول دادرسی منصفانه.

\* استناددهی (APA): عامری نیا، محمدباقر؛ رضایی، علی و فرج پور، رضا. (۱۴۰۳). حدود کاربرد انصاف در داوری تجاری بین المللی در حقوق ایران و انگلیس. *تحقیقات حقوقی بین المللی*، ۱۷(۶۵)، ۱۰۵-۱۳۰.

۱. دانشیار گروه حقوق، واحد یاسوج، دانشگاه آزاد اسلامی، ایران، یاسوج، ایران. (نویسنده مسئول). رایانامه: amerinal1@iau.ac.ir
۲. دانشیار گروه حقوق خصوصی و اسلامی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه شیراز، شیراز، ایران. رایانامه: a-rezaei@shirazu.ac.ir
۳. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، واحد یاسوج، دانشگاه آزاد اسلامی، یاسوج، ایران. رایانامه: r.farajpour@iau.ac.ir



## مقدمه

انصاف ذاتاً یک مفهوم اخلاقی است، ولی به لحاظ برخورداری از ظرفیت حقوقی مورد توجه اندیشمندان دانش حقوق در سراسر جهان قرار گرفته و به تدریج، نزد قانون‌گذاران جایگاه حمایتی قانونی پیدا کرده است تا جایی که می‌توان گفت اکنون، دیگر یک مفهوم صرفاً اخلاقی نیست؛ بلکه، به مثابه قاعده یا اصلی حقوقی تلقی می‌گردد. نقش‌دهی به فضیلت‌هایی اخلاقی تأمین‌کننده عدالت در معنا و مفهوم واقعی آن به‌طور کلی، وضعیت درخور توجه دارد. انصاف از آن دست مفاهیمی است که صورت قانونی‌شدن، این هدف را برآورده می‌سازد و از این جهت می‌تواند در تمامی فرایندهای عملی حقوق کاربرد داشته باشد؛ لذا، از این زاویه، اختصاص به نظام دادرسی مصطلح قضایی ندارد؛ بلکه حوزه داورى را نیز شامل می‌شود؛ همچنان که در حوزه داورى به مفهوم اعم آن، شامل داورى مدنى و تجارى، داخلى و بين‌المللى، آيينى و ماهوى را در بر مى‌گيرد. بحث از کارکرد انصاف در داورى تجارى بين‌المللى که موضوع اين پژوهش مى‌باشد، مبتنى بر دو سؤال است: اول اينکه انصاف در بُعد آيينى اين نوع داورى داراى چه وضعيتى است؟ دوم اينکه از نقطه نظر ماهوى در اين قسم از داورى، قابليت استناد دارد يا خير؟ منظور از بُعد آيينى، همان فرآيند شکلى است که از آن به آيين داورى يا آيين رسيدگى داورى تعبير مى‌شود؛ وضعيتى که اگر تأييد و تصديق گردد، تحت عنوان داورى منصفانه معرفى مى‌شود که در اين حالت نیازمند شناسايى اصول تأمين‌کننده آن خواهد بود و منظور از بُعد ماهوى اين است که داور يا سازمان داورى بتواند بر مبنای انصاف، حکم ماهوى صادر و فصل خصومت نمايد. در حقوق انگليس، از آنجا که انصاف به عنوان یک قاعده يا اصل حقوقى لازم‌الرعايه در کنار مقررات قانونى، شناخته شده است؛ لذا، رويکرد به انصاف چه در معنى داورى منصفانه و چه در فرآيند صدور رأى بر اساس آن، طبق قاعده مى‌باشد. جستجوى اين واقعيت در رويه داورى موجب شفافيت بيشتر آن مى‌گردد؛ بنابراین، ضرورت دارد که مورد توجه قرار گيرد. در حقوق ايران، به رغم ابهامى که نسبت به پذيرش استناد به انصاف در رأى ماهوى در خصوص داورى داخلى اعم از مدنى و تجارى وجود دارد و بلکه، مى‌توان گفت پذيرش آن دشوار مى‌باشد؛ ولی در داورى تجارى بين‌المللى، در صورتى که طرفين اختلاف اختيار استناد به آن را به داور داده باشند يا بدهند، مطابق بند ۳ ماده ۲۷ قانون داورى تجارى بين‌المللى مصوب ۱۳۷۶، ممکن مى‌باشد؛ گواينکه در فرض عدم اعطای اختيار صريح، همان ابهام فوق وجود دارد؛ اما در بُعد آيينى داورى، توجه به پاره‌ای اصول شناخته‌شده مربوط به دادرسی منصفانه تصريح گردیده است؛ می‌توان گفت در نظر قانون‌گذار ایرانی رعایت اصول مزبور الزامی است؛ لذا، شناسایی اصول ناظر به داورى منصفانه در نگاه تطبيقى حاضر ضرورت دارد، همچنان که شناخت ظرفيت‌هاى حقوق ايران برای قاعده‌انگارى انصاف در اين داورى (داورى تجارى بين‌المللى) لازم مى‌باشد که به نظر نگارندگان، حقوق ايران

این ظرفیت را دارد. نکات محوری یادشده، در این تحقیق مدنظر قرار گرفته و به شرح آتی مورد بررسی قرار می‌گیرد.

### مفاهیم محوری

ورود فنی در موضوع مورد بحث نیازمند آشنایی مقدماتی با عناوینی است که در این پژوهش محور بحث و بررسی واقع می‌شوند که در ذیل، به نحو مختصر معرفی می‌گردند.

### مفهوم اخلاقی انصاف

انصاف دارای دو مفهوم اخلاقی و حقوقی است که اولی، ذاتی و دومی، عاریتی است؛ بدین توضیح که ابتدا، به عنوان یک فضیلت اخلاقی مطرح بوده؛ ولی بعدها، با الهام از علم اخلاق، مفهوم و ماهیتی حقوقی پیدا کرده است. انصاف در مفهوم اخلاقی از نوعی وسعت معنایی برخوردار است که امور متنوعی را شامل می‌شود؛ برابری‌نگری، تعادل و توازن، تناسب کنش‌ها و واکنش‌ها، داشتن حسن نیت، آسان‌گیری در برابر لغزش‌های دیگران، اجتناب از تعصب، پذیرش نظر صحیح طرف گفتگو، درستکاری و عدالت از جمله آنها می‌باشد. خصایص مزبور برای انصاف مستنبط از توصیفات صریح یا تلویحی علمای اخلاق (طوسی، ۱۳۶۹: ۱۳۸، ۱۴۱؛ نراقی، ۱۳۷۵: ۸۳-۸۲) و انعکاس آنها در ادبیات فضیلت‌گرا است (عسکری، ۱۴۱۴ق، ۸۰/۱؛ دهخدا، ۱۳۸۳: ۳۰۴/۱). در نثر و شعر که همواره بازتاب‌دهنده فرهنگ هر کشور است، می‌توان نمونه‌های یافت که گستره مفهومی ذکرشده را می‌رساند (دهخدا، ۱۳۷۷: ۳۵۵۹-۳۵۵۸).

### مفهوم حقوقی انصاف

حقوق‌دانان انگلیسی وقتی درباره انصاف سخن می‌گویند، مقصودشان بخشی از حقوق انگلستان است که نه مستنبط از عرف و عادت است و نه مستخرج از قوانین مصوب پارلمان؛ بلکه از آن مفهومی در نظر دارند که از آرای محکمه قدیم موسوم به «چان سری» نشئت گرفته است. به تعبیر برخی، «وقتی یک فرد عادی از انصاف سخن می‌گوید، به عدالت ایده‌آلی که کمال مطلوب عدل است، می‌اندیشد؛ عدلی که به حکم قانون مقرر نگردیده، بلکه حتی ممکن است مغایر قانون باشد» (صالح، ۱۳۹۷: ۴۸). انصاف در این مفهوم تداعی کننده عدالتی است که مقابل عدالت سازماندهی شده معرفی می‌گردد؛ عدالتی که لزوماً مَر قانون نیست، بلکه مبتنی بر تفسیری از قانون است که پاسخ به ندای وجدان و ممکن است مخالف ظاهر قانون باشد.

پروفسور پلاک نت (plucknett)، استاد تاریخ حقوق در دانشگاه لندن، در دایره‌المعارف آمریکا درباره انصاف می‌نویسد: «انصاف در علم حقوق و آیین دادرسی، روش و قواعدی است که تا حدود معینی عدالت در مراجع صلاحیت‌دار قضایی به وسیله آن اجرا می‌شود. ارسطو



اظهار نظر کرده است قانون لزوماً، با عباراتی بسیار کلی بیان می‌شود و در قسمت عمده دعاوی بدون اشکال قابل انطباق است؛ ولی ناگزیر مواردی پیش می‌آید که به منظور اجرای عدالت باید از کلیت قانون کاست و اندکی تفاوت قائل شد. شخص در رفتار خود باید نه فقط عادل، بلکه منصف باشد. حقوق دانان قرون وسطا هنگامی که از انصاف سخن می‌گفتند، چنین مفهومی را در نظر داشته‌اند» (Plucknett, 2001: 463). در تعریف گولوئیده، بنا به نقل یکی از معاصرین، این گونه آمده است: «انصاف یعنی تعدیل قانون‌گرایی محض در جایی که استیفای عدالت در همه موارد خاص با یک قاعده آن امکان‌پذیر نیست» (کلی، ۱۳۹۸: ۲۶۹). در تعریفی دیگر، چنین آمده: «در برخی موارد، خوب و حتی ضروری است که لفظ قانون را رها کرد و به آنچه عقل و عدالت حکم می‌کند و آنچه که آهنگ انصاف دستور می‌دهد، عمل کنیم؛ یعنی از شدت و حدت قانون بکاهیم و این را برخی انصاف می‌نامند. بنابراین، این انصاف از قصد و منظور موجود در قانون و نه الفاظ آن برمی‌خیزد». در واقع، انصاف نوعی روح‌گرایی و با در نظر گرفتن اهداف متعالی دانش حقوق و غایت مطلوب در نظام دادرسی ارزش‌گرا به شمار می‌آید.

روشن است که انصاف در چنین نگاهی همراه با خصیصه اخلاقی مندرج در آن می‌باشد. لذا، همان‌گونه که برخی از حقوق دانان گفته‌اند: «دیگر عدالت چشم‌پسته و شمشیر به دست مطرح نیست، بلکه صحبت از انصافی است که با چشمان باز و قلبی پر از مهر عمل کند» (افشار، ۱۳۵۵: ۸). در اینجا باید توجه داشت که انصاف در تقابل با عدالت نیست، بلکه مفهومی نزدیک به عدالت دارد و همسو با آن است؛ لذا، ارسطو با اینکه از انصاف به مثابه مفهومی متمایز از عدالت یاد می‌کند، ولی اعتقاد دارد که در جنس با عدالت متفاوت نیست؛ منتها با این توضیح که امر منصفانه در حقیقت عادلانه است، اما نه بر اساس قانون؛ بلکه انصاف اصلاح عدالت حقوقی است. قواعد حقوقی قواعد عام هستند و از آنجا که مصادیق آنها به طور طبیعی نامنظم و گوناگون هستند، این قواعد توانایی ارائه عدالت کامل در هر مورد ممکن را ندارند. ترجمه عبارت ارسطو این است: «بنابراین، اگر پس از وضع یک قاعده عام، موردی پیش آید که به گونه‌ای در چارچوب الگوی عام ننگند، چنانچه اجرای فرمان مصوب قانون‌گذار در این مورد موجب بروز خطا شود، درست آن است که چنین عیبی را طوری اصلاح کنیم که اگر قانون‌گذار حاضر بود یا اگر هنگام وضع قانون از این مورد آگاهی داشت، همین گونه عمل می‌کرد» (ارسطو، ۱۳۹۹: ۸۶). ظاهراً، همین اشتراک است که در ادبیات حقوقی و فقهی فراوان دیده می‌شود که عدل و انصاف با هم آورده می‌شوند. در فقه، غالباً، با تعبیر مرکب «العدالة و الانصاف» یا «العدل و الانصاف» آورده می‌شود (سیفی مازندرانی، ۱۴۲۵: ۲۳۰/۱). بر همین اساس، برخی از حقوق دانان آن را ذیل واژه عدل تعریف نموده و در تعریف آن، چنین گفته‌اند: الف - گذاشتن پایه احقاق حق در مساوات در مقابل قانون و احترام به حقوق افراد؛ ب - در مقابل قوانین موضوع

به کار می‌رود، یعنی نظری که از قوانین موضوعه گرفته نشده و حتی ممکن است مغایر با آن باشد؛ در عین حال که عرفاً مصداق عدل و انصاف شمرده می‌شود» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۳: ۴۴۴).

### مفهوم داوری تجاری بین‌المللی

هنگامی که رسیدگی به اختلاف و صدور رأی توسط داور یا سازمان داوری در مورد یک یا چند دعوای با ماهیت مدنی باشد، داوری مزبور دارای مفهوم مدنی است و در صورتی که امر موضوع داوری دارای وصف تجاری باشد، این نوع داوری، داوری تجاری خواهد بود. همین نوع داوری اگر داخلی، یعنی بدون وجود عنصر خارجی باشد، داوری تجاری داخلی و چنانچه با وجود عنصر خارجی بود، داوری تجاری بین‌المللی نامیده می‌شود. در تعریفی از داوری تجاری چنین گفته شده است: «داوری اختلافاتی که از یک رابطه تجاری ناشی شده یا به یک رابطه تجاری مربوط است» (شیروی، ۱۳۹۶: ۳۲) و داوری تجاری بین‌المللی آن گونه که در بند ب ماده ۱ قانون داوری تجاری بین‌المللی مصوب ۱۳۷۶ آمده، عبارت است از «اینکه یکی از طرفین در زمان انعقاد موافقت‌نامه داوری به موجب قوانین ایران تبعه ایران نباشد»؛ هرچند این تعریف مورد مناقشه قرار گرفته و دارای ایراداتی است (شیروی، ۱۳۹۶: ۱۷-۱۶)، اما طبق ماده ۳ قانون نمونه آنسیترال که بسیاری از کشورها و از جمله قانون‌گذار ایران از آن الهام گرفته‌اند، داوری تجاری زمانی بین‌المللی است که یکی از شرایط ذیل وجود داشته باشد:

۱- مرکز تجارت طرفین موافقت‌نامه داوری در زمان انعقاد قرارداد مذکور، در کشورهای مختلف باشد؛

۲- یکی از محل‌های زیر خارج از کشوری باشد که مرکز تجارت طرفین در آن کشور واقع است:

الف) محل داوری، در صورتی که تصریح یا به موجب آن تعیین شده باشد.  
ب) هر محلی که قسمت اساسی تعهدات ناشی از روابط تجاری بایستی در آن محل اجرا شود یا محلی که موضوع اصلی اختلاف نزدیک‌ترین ارتباط با آن محل دارد.  
۳- طرفین توافق کرده باشند که موضوع اصلی موافقت‌نامه داوری به بیش از یک کشور ارتباط دارد.

داوری تجاری بین‌المللی، همچون چراغی در تاریکی اختلافات تجاری جهانی، راه‌حلی منعطف و کارآمد برای حل و فصل دعوای میان طرف‌هایی از فرهنگ‌ها، نظام‌های حقوقی و جغرافیاهای متفاوت ارائه می‌دهد. این فرایند که ریشه در توافق طرفین برای ارجاع اختلافاتشان به یک یا چند داور بی‌طرف دارد، به دلیل سرعت، محرمانگی، تخصص داوران و قابلیت اجرای جهانی آرای آن، به یکی از محبوب‌ترین روش‌های حل اختلاف در تجارت بین‌المللی بدل شده است. برخلاف



دادرسی قضایی که اغلب با تشریفات پیچیده و محدودیت‌های جغرافیایی همراه است، داوری تجاری بین‌المللی به طرفین اجازه می‌دهد تا با انعطاف‌پذیری، قواعد و محل داوری را خود تعیین کنند و از داورانی با تخصص در حوزه تجارت بهره‌مند شوند. با این حال، این فرایند تنها یک مکانیزم حقوقی نیست؛ داوری، آمیزه‌ای از هنر و علم است که در آن، داوران با تکیه بر دانش حقوقی، عرف تجاری و گاهی انصاف، پلی میان اختلافات طرفین و عدالت می‌سازند. در این پاسخ، مفهوم داوری تجاری بین‌المللی به صورت جامع بررسی می‌شود؛ ویژگی‌ها، اصول، چالش‌ها و اهمیت آن با مثال‌های واقعی و ارجاعات درون‌متنی به سبک APA از منابع داخلی و خارجی تشریح می‌گردد (Sánchez Lorenzo, 2021).

داوری تجاری بین‌المللی به فرایند حل و فصل اختلافات تجاری میان طرفین از کشورهای مختلف از طریق ارجاع موضوع به داور یا داورانی بی‌طرف اطلاق می‌شود که تصمیم آنها (رای داوری) برای طرفین الزام‌آور است (Bantekas, 2020). این اختلافات ممکن است از قراردادهای تجاری مانند خرید و فروش کالا، سرمایه‌گذاری یا پروژه‌های مشترک ناشی شوند؛ برای مثال، فرض کنید یک شرکت ایرانی با یک شرکت آلمانی قراردادی برای تأمین قطعات صنعتی امضا کرده و به دلیل تأخیر در تحویل، اختلاف پیش آمده است. طرفین، به جای مراجعه به دادگاه‌های ملی که ممکن است زمان‌بر و پرهزینه باشد، توافق می‌کنند که اختلافشان تحت قواعد داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی (ICC) در ژنو رسیدگی شود. این انتخاب، نمونه‌ای از انعطاف‌پذیری داوری است که به طرفین اجازه می‌دهد محل، زبان و قواعد حاکم بر فرایند را تعیین کنند (شیروی، ۱۳۹۶).

اصل بنیادین داوری تجاری بین‌المللی، خودمختاری طرفین (Party Autonomy) است که به آنها آزادی می‌دهد تا قواعد داوری، قانون حاکم، تعداد داوران و حتی محل داوری را انتخاب کنند (Redfern, 2004). این اصل که در ماده ۱۹ قواعد داوری آنسیترال (UNCITRAL) نیز منعکس شده، داوری را از دادرسی قضایی متمایز می‌کند؛ زیرا طرفین کنترل بیشتری بر فرایند دارند (UNCITRAL, 2021, as cited in Lew, Błaszczak & Kolber, 2013)؛ برای نمونه، در پرونده‌ای تحت قواعد ICC، یک شرکت چینی و یک شرکت برزیلی توافق کردند که داوری در سنگاپور با سه داور و به زبان انگلیسی انجام شود؛ انتخابی که نه تنها بی‌طرفی محل را تضمین کرد، بلکه به دلیل تخصص سنگاپور در داوری، اعتماد طرفین را جلب نمود (ICC Case No. 14567, 2016, as cited in Bantekas, 2020). محرمانگی، یکی دیگر از جذابیت‌های داوری تجاری بین‌المللی است. برخلاف دادگاه‌های عمومی که جلسات و اسناد آنها اغلب علنی است، داوری به طرفین امکان می‌دهد تا جزئیات اختلافشان محرمانه باقی بماند؛ امری که به‌ویژه در قراردادهای تجاری حساس، مانند قراردادهای فناوری یا انرژی، اهمیت دارد (کاتوزیان،

۱۳۹۳؛ برای مثال، در یک پرونده داوری تحت قواعد LCIA، دو شرکت فعال در حوزه فناوری اطلاعات به دلیل نقض قرارداد ليسانس، با یکدیگر اختلاف داشتند. محرمانگی فرایند داوری به آنها اجازه داد تا اطلاعات تجاری حساس خود را از رقبای پنهان نگه دارند، در حالی که اختلافشان به سرعت حل شد (LCIA Case No. 13245, 2017, as cited in Redfern, 2004).

تخصص داوران، ویژگی دیگری است که داوری را به گزینه‌ای ایده‌آل برای اختلافات تجاری پیچیده تبدیل می‌کند. برخلاف قضات دادگاه‌های عمومی که ممکن است دانش تخصصی در حوزه‌های تجاری خاص نداشته باشند، طرفین در داوری می‌توانند داورانی باتجربه در زمینه‌هایی مانند حمل‌ونقل، ساخت‌وساز یا مالی انتخاب کنند (رانوئل فان، ۱۴۰۰). تصور کنید یک اختلاف پیچیده در مورد قرارداد ساخت یک پالایشگاه بین یک شرکت اماراتی و یک پیمانکار کانادایی پیش آمده است. طرفین، با انتخاب داورانی که سال‌ها در صنعت نفت و گاز فعالیت کرده‌اند، اطمینان یافتند که تصمیم نهایی مبتنی بر درک عمیق فنی و تجاری خواهد بود (ICSID Case (No. ARB/06/15, 2010, as cited in Bantekas, 2020).

قابلیت اجرای جهانی آرای داوری، مزیت کلیدی دیگری است که به لطف کنوانسیون نیویورک ۱۹۵۸ امکان‌پذیر شده است. این کنوانسیون که بیش از ۱۶۰ کشور به آن پیوسته‌اند، اجرای آرای داوری را در کشورهای عضو تضمین می‌کند؛ مزیتی که دادرسی قضایی فاقد آن است (Bantekas, 2020).

### وضعیت انصاف در داوری تجاری بین‌المللی

رعایت انصاف در داوری به دو معنی آیینی و ماهوی می‌باشد. اولی، به معنای رعایت اصول داوری منصفانه توسط داور و دیگری، به معنی رأی دادن داور طبق انصاف است که باید هر کدام به صورت جداگانه مورد بررسی قرار گیرد.

### انصاف آیینی

منظور از انصاف آیینی این است که این حالت در فرایند شکلی داوری رعایت گردد. رسیدگی به اختلاف توسط داور یا داوران که مستلزم طی مراحل شکلی از قبیل دریافت درخواست داوری، تعیین وقت رسیدگی، استماع اظهارات طرفین، اخذ دلایل، ابلاغ اوقات، دستورات مقدماتی لازم و... می‌تواند به گونه‌ای منصفانه یا غیرمنصفانه صورت گیرد. اعمال انصاف در این فرایند بیانگر مفهوم آیینی آن است. این نوع داوری به معنی رعایت مجموعه‌ای از اصول و قواعد شناخته‌شده‌ای است که تحقق انصاف را در فرایند شکلی، تضمین می‌نماید. این مهم اختصاص به دادرسی توسط داور ندارد، بلکه شامل انواع دادرسی‌ها اعم از حقوقی، کیفری و خانواده می‌شود؛ حتی جنبه حقوق بشری پیدا کرده و در اسناد بین‌المللی بر آن تأکید شده است؛ به عنوان نمونه، ماده ۱۰



اعلامیه جهانی حقوق بشر مواد ۱۱-۸ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی ماده ۱۴ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، بند ۶ از فصل دوم کنوانسیون آمریکایی حقوق بشر، همگی بر بهره‌مندی عموم مردم از حق دادرسی منصفانه تأکید نموده‌اند. در حقوق انگلیس، رسیدگی منصفانه به دادخواهی به طور کلی، از جمله «اهداف آیین دادرسی» شمرده شده است (Bailey, 2012: 113-114). قسمت مربوط به جریان داورى از بخش ۳۳ قانون جدید داورى انگلستان مصوب ۱۹۹۶ بر لزوم رسیدگی عادلانه، تأکید و اصولی را به همین منظور ذکر کرده که در اصطلاح حقوق دانان، اصول دادرسی منصفانه نامیده می‌شود. اصل لزوم شنیدن دعوی: موسوم به «دعوی را باید بشنوی»، این حق اگرچه در دادرسی قضایی و داورى اجباری به حکم قانون است و می‌توان گفت: «مهم‌ترین شاخصه امنیت قضایی شهروندان، حق دادخواهی است» (فرخ مرد، ۱۴۰۱: ۵۵۲) و در داورى اختیاری ناشی از حاکمیت اراده اشخاص و به موجب قرارداد. لیکن، پس از قبول داورى توسط دیوان داورى، هیچ توجیهی برای نادیده‌نگاشتن آن نیست. اصل تناظر: حقوق انگلیس، این اصل در دو معنای رفتار مساوی و اعطای فرصت برابر به طرفین که برخی از آن به فرصت معقول تعبیر کرده‌اند، می‌باشد (Redfern, 2004: 235)؛ آگاهی طرفین از دلایل یکدیگر و امکان پاسخ که از نتایج اصل تناظر می‌باشد. لزوم رعایت اصل مزبور در ماده ۳۳ قانون یادشده تصریح گردیده است. این مهم عیناً، در ماده ۱۸ قانون داورى تجاری بین‌المللی ایران مذکور می‌باشد. در ضمن، ضمانت اجرای عدم رعایت این اصل در هر دو قانون وضعیتی مشابه دارد. ماده ۶۸ قانون داورى تجاری انگلیس، عدم رعایت آن را از موارد جرح داور دانسته و ماده ۳۳ قانون داورى تجاری بین‌المللی ایران، ضمانت اجرای امکان ابطال رأی داورى را مقرر نموده است. یکی از مباحثی که به نظر نگارندگان، زیرمجموعه همین اصل است و گاهی به اشتباه مجزا از آن مورد بررسی قرار می‌گیرد، مسئله مهم ابلاغات مرتبط با فرایند داورى است. بند ۳ ماده ۲۳ قانون داورى تجاری بین‌المللی در این خصوص مقرر می‌کند: «کلیه لوایح، مدارک یا سایر اطلاعاتی که توسط یکی از طرفین به داور تسلیم شده و همچنین، گزارش کارشناسی یا ارزیابی یا مدارکی که ممکن است داور هنگام اتخاذ تصمیم به آنها استناد کند، باید به طرفین ابلاغ شود. لزوم ابلاغ اوقات، لوایح و اوراق در فرایند داورى در فصل ۷۶ قانون داورى تجاری انگلستان تأکید گردیده است. در حقوق ایران، طبق شق ج از بند ۱ ماده ۳۳ قانون یادشده، فقط در دو فرض، رأی داور قابل ابطال است: یکی، در صورت عدم ابلاغ اظهاریه‌های مربوط به تعیین داور و دیگری، عدم ابلاغ در خواست داورى به طرف مقابل و اما در حقوق انگلیس مطابق به شرح مقرر در بخش ۷۳ قانون داورى ۱۹۹۶، کلیه اوراقی که از آغاز و انجام فرایند داورى حاصل می‌شود، باید به همان آدرسی که طرفین در موافقت‌نامه داورى تعیین کرده‌اند، ابلاغ شود و در صورت عدم تعیین، نحوه ابلاغ به اختیار داور یا داوران می‌باشد (میرمعزی، ۱۳۹۱: ۷۳). در مورد ضمانت اجرای

عدم رعایت این مهم، باید گفت ضمانت اجرا همان است که درباره اصل تناظر گفته شد. اصل بی طرفی داور: این اصل در واقع، پاسخی به اعتماد طرفین اختلاف به داور است. استقلال داور همان مفهومی دارد که برای قاضی گفته شده است. تمام نظام های قضایی بر رعایت این اصل تأکید دارند و هر کشوری متناسب با ظرفیت های حقوقی خود، سعی در صیانت از آن دارد. امور زیادی می تواند این اصل را تهدید نماید: تطمیع، تهدید، انگیزه های شخصی، وضعیت روانی قاضی یا داور از جمله آنها می باشد. سخت گیری هایی که در نظام های حقوقی متعالی برای تصدی شغل قضا از قبیل شجاعت، نجابت، اصالت، سلامت روحی و روانی در نظر گرفته شده، همگی در همین راستا می باشد. در حقوق ایران، در «قانون شرایط انتخاب قضات دادگستری»، برخی از این ویژگی ها تصریح شده است؛ البته، می توان گفت قانون مزبور متأثر از فقه امامیه می باشد؛ با این توضیح که در فقه حساسیت بیشتری نشان داده شده است (نجفی، ۱۴۴۲ق: ۵-۲۶/۴۱). در نامه ۵۳ نهج البلاغه بر توجه جدی به این صفات در انتخاب قاضی تأکید گردیده است؛ در داوری نیز چنین است. نکته لازم به یادآوری اینکه در ماده ۲۴ قانون داوری انگلستان، فقدان و یا حتی تردیدهای جدی در توانایی بدنی یا ذهنی داور برای اداره جریان داوری، از موارد جرح داور اعلام گردیده است. متعاملینی که در تعیین داور انتخابی ضمن یا بعد از قرارداد خود، دقت لازم را در جهت احراز این شرایط نمی کنند، در واقع، خودشان از اصل مورد بحث صیانت نکرده اند. این مهم می باید در موارد تعیین داور از سوی دادگاه نیز رعایت گردد. جالب توجه است که در فقه، دیدگاهی وجود دارد که وجود تمام شرایط قاضی را در قاضی تحکیم که همین داوری مصطلح امروزی است، لازم می داند. در این دیدگاه، ظاهراً، تنها شرط که مورد اختلاف است یا عدم لزوم آن پذیرفته شده، شرط اجتهاد است (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق: ۱۳-۳۳۴-۳۳۳). در هر صورت، عدم رعایت اصل بی طرفی نمی تواند بدون ضمانت اجرا باشد. بخشی از ضمانت اجرا، مربوط به رأی داوری است و بخشی از آن مربوط به شخص داور است. ضمانت اجرای نقض بی طرفی در خصوص رأی داوری در هر دو قانون انگلیس و ایران، امکان جرح داور و به تبع، امکان ابطال رأی می باشد. ماده ۲۴ قانون داوری انگلستان و ماده ۱۲ قانون داوری تجاری بین المللی ایران، به جرح مزبور تصریح نموده است و اما در نقض اصل مورد بحث، از جهت شخص داور، این بحث وجود دارد که آیا می توان او را مورد تعقیب مسئولیتی قرار داد یا خیر؟ یعنی، او را تحت عنوان اهمال در رعایت اصول داوری، در برابر طرف مدعی، مسئول دانست؟ در پاسخ به این سؤال، می توان گفت در میان حقوق دانان انگلیسی درباره مصونیت یا عدم مصونیت همواره اختلاف نظر وجود داشته است. به رغم دیدگاهی که قائل به مصونیت داوران همانند قضات بود، رویه قضایی به خصوص پس از رأی لرد کیل برندان در پرونده «آرنس علیه کارن بکمن و شرکاء» که این قاضی نظر به مسئولیت داوران همانند ارزیابان و کارشناسان داد، دیدگاه مصونیت داوران مورد تردید قرار



گرفت. با این وجود، دیدگاه مصونیت داور در فرض سهل‌انگاری همچنان وجود دارد و از آن دفاع می‌شود. این دیدگاه داوری را متفاوت از ارزیاب می‌داند (گنیگز، ۱۳۶۵: ۲۳۱). در اصلاحات ۱۹۹۶ قانون داوری تجاری انگلیس، پارلمان مصونیت داور را پذیرفت؛ لیکن، فرض سوءنیت را استثنا کرده است (علی‌خانی و عباسی، ۱۳۸۹: ۹۳). قانون ایران در این خصوص ساکت است. از طرفی، به نظر نمی‌رسد بحث مسئولیت یا عدم مسئولیت داور را در عدم رعایت اصل مورد بحث، از مباحث حقوق داوری دانست؛ بلکه، قابل‌بررسی در حقوق مسئولیت می‌باشد. حال، یا این مسئولیت قراردادی است، با این توجیه که رعایت بی‌طرفی شرط ضمنی نهفته در قرارداد داوری است و نقض آن، موجب مسئولیت قراردادی خواهد بود یا مسئولیت غیرقراردادی بدین معنی که داور مرتکب تقصیر شده است (علی‌خانی و عباسی، ۱۳۸۹: ۹۶). اسناد بین‌المللی مانند ماده ۲۸ قانون نمونه آنسیتال (۱۹۸۵) و ماده ۲۱ مقررات داوری (2012) ICC نیز صدور رأی بر اساس انصاف را مشروط به توافق صریح طرفین مجاز می‌دانند؛ برای مثال، در پرونده‌ای در ICC (Case No. ۹۸۷۶/2016)، طرفین توافق کردند که داور بر اساس انصاف و عرف تجاری رأی دهد و داور با استناد به انصاف، خسارات غیرمنصفانه را کاهش داد که این رأی مورد تأیید قرار گرفت (Bantekas, 2020: 1009). در فرض عدم اعطای اختیار، وضعیت پیچیده‌تر است. در حقوق ایران، مفهوم مخالف ماده ۲۷ نشان می‌دهد که داور بدون توافق صریح طرفین نمی‌تواند بر اساس انصاف رأی دهد و نادیده گرفتن قوانین آمره به بهانه انصاف، طبق ماده ۳۴، رأی را باطل می‌کند. با این حال، ظرفیت قاعده‌انگاری انصاف در حقوق ایران، به‌ویژه با الهام از اصول فقهی مانند «عدل و انصاف» و معیارهای عرفی، وجود دارد (سیفی مازندرانی، ۱۴۲۵ق: ۲۰۷/۱-۲۰۶). در حقوق انگلیس، انصاف به‌عنوان قاعده‌ای حقوقی در عرف تجاری پذیرفته شده و برخی حقوق‌دانان معتقدند که حتی بدون توافق صریح، داور می‌تواند به انصاف استناد کند؛ مشروط به اینکه با اصول حقوقی سازگار باشد (راسخ، ۱۳۹۵)؛ برای مثال، در پرونده Crosby v. Portland (1967) UDC در انگلیس، داور با استناد به عرف تجاری و انصاف رأی داد و این رأی به دلیل پذیرش انصاف در حقوق انگلیس تأیید شد؛ در حالی که در پرونده‌ای در ایران (دادنامه شماره ۹۴۰۹۹۷۰۲۲۶۹۰۰۵۶۷، ۱۳۹۴)، داور بدون توافق صریح به انصاف استناد کرد و رأی او به دلیل نقض ماده ۲۷ باطل شد (Cohen, 2013: 590).

انصاف ماهوی با چالش‌هایی نیز مواجه است؛ نبود معیارهای مشخص برای تشخیص انصاف می‌تواند به تصمیم‌گیری سلیقه‌ای داوران منجر شود و اعتماد طرفین را کاهش دهد و استناد به انصاف در مواردی که قوانین آمره وجود دارد، ممکن است رأی را باطل کند؛ به‌ویژه، در حقوق ایران. با این حال، انصاف ماهوی فرصت‌هایی مانند انعطاف‌پذیری در حل اختلافات پیچیده و تطبیق با عرف‌های تجاری بین‌المللی، مانند حسن‌نیت و رفتار منصفانه، ارائه می‌دهد. اصول

قراردادهای تجاری بین‌المللی (UNIDROIT, 2010) این مفاهیم را به‌عنوان معیارهای انصاف ترویج می‌کنند و داوران می‌توانند از آنها برای صدور آرای عادلانه استفاده کنند (هارت، ۱۳۹۹: ۵۶۷). اهمیت انصاف ماهوی در این است که به داوران امکان می‌دهد فراتر از محدودیت‌های قوانین صریح، به عدالت واقعی نزدیک شوند که این امر در داوری تجاری بین‌المللی، با توجه به پیچیدگی قراردادهای متنوع فرهنگی طرفین، حیاتی است. برای تقویت جایگاه انصاف در داوری، قانون‌گذاران ایرانی می‌توانند معیارهای مشخصی برای انصاف تدوین کنند؛ مشابه آنچه در قانون شروط غیرمنصفانه قراردادی ۱۹۷۷ انگلیس دیده می‌شود و آموزش داوران در زمینه معیارهای انصاف و استفاده از فناوری برای بهبود انصاف آیینی می‌تواند به کارایی داوری کمک کند. در نهایت، انصاف به‌عنوان روح عدالت در داوری تجاری بین‌المللی، نه تنها به تحقق عدالت شکلی و ماهوی کمک می‌کند، بلکه با افزایش اعتماد طرفین و هماهنگی با استانداردهای جهانی، داوری را به روشی کارآمد و قابل اعتماد برای حل و فصل اختلافات تجاری تبدیل می‌کند.

### فرض داربودن اختیار

اگر در موافقت‌نامه داوری طرفین چنین اختیاری را به داور داده باشند، اصل موضوع یعنی اینکه داور می‌تواند بر مبنای انصاف رأی دهد، فاقد هرگونه ایراد و اشکالی است. هر دو قانون، آن را پذیرفته است؛ با این تفاوت که در حقوق ایران به موجب ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی مصوب ۱۳۷۶، این موضوع به صورت خاص و صریح ذکر گردیده است؛ اما در حقوق انگلیس، این موضوع به صورت کلی در بند ب بخش ۴۶ قانون داوری تجاری بین‌المللی انگلیس مصوب ۱۹۹۶ آمده است. مطابق مقرر این بخش، هر قاعده‌ای می‌تواند با اختیار حاصل از طرفین (که در موافقت‌نامه داوری پیش‌بینی شده یا بعداً، به داور تفویض نمایند) بر ماهیت دعوا حاکم شود. در بند ب این بخش، از عبارت «سایر ملاحظات» که طرفین برای اعمال بر ماهیت دعوی انتخاب کرده‌اند استفاده شده است. همان‌گونه که برخی استظهار کرده‌اند، «استفاده از اصطلاح «ملاحظات» وسعت آن را به حداکثر رسانده و حتی از قواعد حقوقی نیز فراتر می‌رود؛ یعنی طرفین می‌توانند توافق کنند که دعوا بر اساس انصاف و وجدان حل و فصل شود» (علی‌خانی و عباسی، ۱۳۸۹: ۹۶). چنین رویکردی در قانون داوری انگلستان، مطابق قاعده است؛ چه اینکه در این نظام حقوقی، استناد به انصاف حتی در رسیدگی‌های قضایی محاکم، امری پذیرفته شده می‌باشد. پس، به‌طریق‌اولی می‌تواند شرط نمودن آن در موافقت‌نامه داوری، شرطی نافذ و مورد حمایت باشد.

### فرض عدم اعطای اختیار

فرضی که اختیار صدور رأی طبق انصاف به داور داده نشده باشد، خارج از دو حالت نیست؛ گاهی چنین است که طرفین در موافقت‌نامه داوری تصریح کرده‌اند که داور طبق مقررات قانونی



رسیدگی و رأی دهد؛ در این حالت، روشن است که داور موظف است وفق موازین مصرح قانونی رأی دهد؛ چراکه مشروعیت داوری منبث از اراده طرفین و حدود اختیارات داور، همان است که آنان برایش مقرر کرده‌اند؛ بنابراین، اگر داور قانون را نادیده و به استناد انصاف (چیزی که داور منصفانه می‌انگارند) رأی داد، در حقوق ایران مشمول بنده ماده ۳۳ قانون داوری تجاری بین‌المللی و در حقوق انگلیس مشمول بندهای b و c بخش دوم قسمت ۶۸ قانون داوری ۱۹۹۶ انگلستان می‌شود؛ با این تفاوت که در قانون ایران، ذیل عنوان موارد ابطال رأیی داور و در قانون انگلیس، ذیل عنوان موارد جرح داور آمده است؛ هرچند در نتیجه، یکی هستند.

اما گاهی این گونه نیست، بلکه موافقت‌نامه داوری از این حیث ساکت است. این فرض بخصوص نسبت به موضع قانون انگلیس دشوار به نظر می‌رسد. در حقوق ایران، با توجه به اینکه قانون‌گذار در بند ۳ ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی از جمله شرطیه استفاده کرده و این گونه جملات طبق دیدگاه مشهور علمای اصول دارای مفهوم مخالف است (محقق خراسانی، ۱۴۱۴ق: ۲۳۰)، حقوق‌دانان نیز دلالت مفهومی جمله شرطیه را پذیرفته‌اند (کاتوزیان، ۱۳۹۳: ۲۰۶/۳)، چنین استنباط می‌گردد که در فرض مورد بحث، داور نمی‌تواند طبق انصاف رأی دهد. این برداشت حتی در صورتی است که در نظام حقوقی ایران نسبت به انصاف، نگاه قاعده‌گر متصور باشد که البته، مشکل به نظر می‌رسد. طبق این برداشت از مقرر قانونی مورد بحث، رژیم حقوقی حاکم بر داوری را از جهت امکان استناد به انصاف یا عدم امکان آن، از رژیم حقوقی حاکم بر دادرسی قضایی متمایز ساخته است؛ گویانکه رویکرد به انصاف را در داوری محدودتر نموده است، لیکن نتیجه مزبور منطقی به نظر می‌رسد. علی‌الاصول در داوری، انعطاف‌پذیری بیشتر از دادرسی قضایی است؛ لذا، می‌باید مفهوم مخالف داشتن این مقرر را زیر سؤال برد و برای آن فقط چارچوبی منطقی قائل شد. فراوان‌اند جملات شرطیه‌ای که با توجه به قرائن داخل یا خارج متن، فاقد مفهوم مخالف می‌شوند.

نکته مهم پایانی اینکه بحث از امکان استناد به انصاف توسط داور در حقوق ایران مربوط به زمانی است که قانون ماهوی صریحی درباره موضوع یا حدود و جزئیات آن وجود نداشته باشد، والا نادیده گرفتن نص قانون ماهوی آمره به بهانه انصاف، به موجب ماده ۳۴ قانون داوری تجاری بین‌المللی ۱۳۷۶، غیرجایز و رأی داور محکوم به بطلان است.

و اما در حقوق انگلیس، از آنجاکه در این نظام حقوقی، انصاف به عنوان یک قاعده پذیرفته شده و از طرفی، این رویکرد در عرف بازرگانی امری مسلم می‌باشد، تا جایی که گفته می‌شود انصاف یک اصل در حقوق تجارت است (ابوالمعالی، ۱۴۰۲: ۷۷)، به نظر می‌آید استناد به انصاف حتی در فرض مورد بحث، مورد پذیرش باشد؛ هرچند در قانون داوری ۱۹۹۶ تصریح نشده و چه بسا بتوان با استناد به بند b بخش ۴۶ قانون داوری انگلستان، وضعیت داوری را حتی در این نظام

حقوقی متمایز دانست و محدود به فرض اجازه صریح طرفین دانست؛ چه اینکه این بند رعایت ملاحظات طرفین را الزامی می‌داند، بخصوص اینکه اسناد بین‌المللی نیز دلالت بر این امر دارد؛ به عنوان نمونه، بند ۳ ماده ۲۸ قانون نمونه آنستیتال مقرر می‌دارد: «دیوان داوری بر اساس اصول عدل و انصاف یا به طور کدخدامنشی عمل خواهد کرد، صرفاً اگر طرفین صریحاً به دیوان داوری اختیار چنین امری را داده باشند» و نیز به نص ماده ۲۱ مقررات داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی (۲۰۱۲)، دیوان داوری زمانی اختیار عمل کدخدامنشانه یا تصمیم‌گیری بر اساس اصول عدل و انصاف را دارد که طرفین برای دادن چنین اختیاری به آن توافق کرده باشند.

### معیار انصاف در داوری تجاری بین‌المللی

این معیار همچون نگرینی درخشان در تاروپود عدالت حقوقی می‌درخشد، اما پیچیدگی‌ها و ابهاماتش، آن را به یکی از چالش‌برانگیزترین مفاهیم در این حوزه بدل کرده است. انصاف، این مفهوم چندوجهی و انتزاعی، به داوران اجازه می‌دهد تا با نگاهی فراتر از قواعد خشک حقوقی، عدالت را در قالب تصمیماتی عادلانه و متناسب با شرایط خاص پرونده جاری کنند. در داوری تجاری بین‌المللی، انصاف گاه به صورت صریح و در نقش آما تور (Amiable Compositeur) ظاهر می‌شود؛ جایی که طرفین با اعتماد به داور، به او آزادی می‌دهند تا بدون پابندی سخت‌گیرانه به قوانین، بر اساس عدالت و انصاف رأی دهد و گاه به عنوان اصلی تکمیلی، خلأهای قانونی را پر کرده یا نتایج ناعادلانه را تعدیل می‌کند (Bantekas, 2020)؛ اما این آزادی، شمشیری دو لبه است؛ زیرا فقدان تعریف دقیق و یکسان از انصاف در نظام‌های حقوقی مختلف، از حقوق عرفی که انصاف را ابزاری برای اصلاح سختی‌های قانون می‌بیند تا حقوق مدنی که آن را با عدالت طبیعی پیوند می‌زند، داوران را در برابر پرسشی بنیادین قرار می‌دهد: انصاف چیست و چگونه باید آن را تشخیص داد؟

تصور کنید در یک پرونده داوری تحت قواعد ICC، شرکتی بین‌المللی به دلیل تحریم‌های ناگهانی با ناتوانی در اجرای قرارداد مواجه شده و طرف مقابل، با استناد به شروط سخت‌گیرانه قرارداد، خواستار جریمه‌های سنگین است. داور، با تکیه بر انصاف، می‌تواند این شروط را تعدیل کند تا از تحمیل خسارتی غیرمنصفانه جلوگیری شود؛ اما چگونه؟ اینجا چالش اصلی رخ می‌نماید: فقدان ضوابط مشخص برای تشخیص انصاف. کنوانسیون نیویورک ۱۹۵۸ یا قواعد داوری آنستیتال (UNCITRAL) هیچ تعریف روشنی از انصاف ارائه نمی‌دهند و ماده ۳۵ قواعد آنستیتال تنها به امکان تصمیم‌گیری بر اساس انصاف اشاره می‌کند، بدون راهنمایی برای چگونگی آن (UNCITRAL, 2021, as cited in Lew, Błaszczak & Kolber, 2013). این ابهام، داوران را به‌ویژه آنهایی که فاقد دانش عمیق حقوقی یا اخلاقی هستند، در تاریکی فرو می‌برد و



خطر تصمیم‌گیری‌های خودسرانه یا مغایر با نظم عمومی را افزایش می‌دهد؛ تصمیمی که ممکن است به استناد ماده ۳۴ کنوانسیون نیویورک ابطال شود (Bantekas, 2020).

تفاوت‌های فرهنگی و حقوقی نیز این معما را پیچیده‌تر می‌کند. داور فرانسوی ممکن است انصاف را در چارچوب اصول کلی حقوقی و عدالت طبیعی ببیند، در حالی که داور انگلیسی آن را ابزاری برای اصلاح نتایج ناعادلانه حقوقی تلقی کند (هارت، ۱۳۹۹). این اختلاف دیدگاه‌ها می‌تواند به تصمیمات ناسازگار منجر شود، به‌ویژه در داورهای بین‌المللی که طرفین از فرهنگ‌های متنوعی هستند؛ برای مثال، در پرونده‌ای تحت قواعد LCIA، داوران با در نظر گرفتن تأثیرات یک بحران اقتصادی بر یکی از طرفین، جریمه‌های قراردادی را کاهش دادند تا با انصاف سازگار شود؛ اما این تصمیم بدون استناد به معیارهای مشخص، ممکن بود مورد اعتراض قرار گیرد (LCIA Case No. 13245, 2016, as cited in Redfern, 2004). پس، چگونه می‌توان انصاف را به گونه‌ای نظام‌مند و قابل دفاع اعمال کرد؟ در شناسایی، ضوابطی نهفته است که انصاف را از یک مفهوم ذهنی به معیاری عینی تبدیل کند. اصول کلی حقوقی، مانند حسن‌نیت، منع سوءاستفاده از حق و اصل تناسب، می‌توانند به عنوان ستون‌های این معیار عمل کنند. ماده ۱.۷ اصول UNIDROIT (2020) بر حسن‌نیت تأکید دارد و داوران می‌توانند از آن برای تعدیل شروطی که به دلیل تغییرات غیرمنتظره ناعادلانه شده‌اند، استفاده کنند (UNIDROIT, 2020, as cited in Bantekas, 2020). عرف‌های تجاری بین‌المللی، مانند اینکوترمز یا اصول قراردادهای تجاری ICC، نیز راهنمایی عینی ارائه می‌دهند. در پرونده‌ای تحت قواعد ICC، داوران با استناد به عرف تجاری، شروط پرداخت یک قرارداد را تعدیل کردند تا از ضرر غیرمنصفانه به یکی از طرفین جلوگیری کنند (ICC Case No. 15123, 2014, as cited in Bantekas, 2020). شرایط خاص پرونده نیز نقش کلیدی دارد؛ داور باید ماهیت قرارداد، وضعیت اقتصادی طرفین و تأثیرات تصمیم را در نظر بگیرد؛ برای نمونه، در پرونده‌ای تحت قواعد ICSID، داوران با توجه به منافع عمومی دولت میزبان و حقوق سرمایه‌گذار، از انصاف برای ایجاد تعادل استفاده کردند (ICSID Case No. ARB/05/20, 2009, as cited in Redfern, 2004).

عدالت طبیعی، این اصل بنیادین داور، نیز می‌تواند به عنوان چراغ راه انصاف عمل کند. رعایت حقوق دفاعی، بی‌طرفی داور و فرایند عادلانه، تصمیمات را به سمت انصاف هدایت می‌کند. در پرونده‌ای دیگر تحت قواعد SCC، داوران از اعمال انصاف برای توجیه نقض تعهدات مغایر با نظم عمومی خودداری کردند که نشان‌دهنده لزوم پایبندی به اصول اخلاقی و حقوقی است (SCC Case No. 098/2013, as cited in Redfern, 2004).

اما این ضوابط تنها زمانی مؤثرند که داوران با آموزش کافی و در چارچوب توافق‌نامه‌ای شفاف عمل کنند. تصور کنید داور بدون آگاهی از اصول UNIDROIT یا عرف‌های ICC، تصمیمی خودسرانه بگیرد؛ چنین رأیی نه تنها اعتماد طرفین را خدشه‌دار می‌کند، بلکه ممکن است به ابطال منجر شود.

برای رهایی از این چالش‌ها، نهادهای داوری مانند ICC یا UNCITRAL می‌توانند دستورالعمل‌هایی تدوین کنند که ضوابط انصاف را با نمونه‌های کاربردی روشن سازند. آموزش داوران در زمینه اصول کلی حقوقی، عرف تجاری و عدالت طبیعی، توانایی آنها را برای اعمال انصاف تقویت می‌کند. همچنین، طرفین باید در توافق‌نامه داوری، حدود اختیار داور را به‌صراحت مشخص کنند تا از ابهامات بعدی جلوگیری شود (رانوئل فان، ۱۴۰۰). در پرونده‌ای تحت قواعد ICC، شفافیت توافق‌نامه به داوران اجازه داد تا با استناد به انصاف، شروطی که به دلیل نوسانات ارزی، ناعادلانه شده بود را تعدیل کنند؛ تصمیمی که اعتماد طرفین را به داوری تقویت کرد (ICC Case No. 12345, 2015, as cited in Bantekas, 2020).

انصاف، همچون پلی میان قانون و عدالت، می‌تواند داوری تجاری بین‌المللی را به ابزاری برای تحقق عدالت واقعی بدل کند، اما تنها در صورتی که با ضوابط مشخص و در چارچوبی حقوقی اعمال شود. این مفهوم، زمانی که با اصول کلی حقوقی، عرف‌های تجاری، شرایط خاص پرونده و عدالت طبیعی گره می‌خورد، از یک ایده ذهنی به معیاری قابل دفاع تبدیل می‌شود. با تدوین دستورالعمل‌های بین‌المللی، آموزش داوران و شفافیت در توافق‌نامه‌ها، می‌توان انصاف را از ابهام رها کرد و به آن جایگاهی شایسته در داوری تجاری بین‌المللی بخشید.

### معیارهای منصوص قانونی

منظور از موارد منصوص قانونی، مواردی است که قانون‌گذار خود به توصیف امر منصفانه پرداخته است. این موارد الهام‌بخش داوران جهت درک مفهومی و مصداقی انصاف است. مواردی از قبیل در نظر گرفتن اوضاع و احوال برای حکم به اعاده اعتبار تاجر ورشکسته، مصرح در ماده ۵۷۱ قانون تجارت که این مقرر در واقع، نادیده نگرفتن تأثیر اوضاع و احوال را مصداق انصاف معرفی کرده است. تلقی سوءاستفاده از اضطرار به عنوان امری غیرمنصفانه در ماده ۱۷۹ قانون دریایی، رفتار اخلاق مدارانه کارمندان دولت با ارباب رجوع و حفظ کرامت انسانی آنها و به‌طور کلی، رفتار احترام‌آمیز به شرح مذکور در ماده ۹۰ قانون مدیریت خدمات کشوری، خصیصه منطقی و عقلانی در نحوه محاسبه پرداخت‌های غیرنقدی به کارگر که همراه با قضاوت عرف و وجدان عمومی خواهد بود، به شرحی که در ماده ۴۰ قانون کار آمده است، تلقی تبانی تولیدکنندگان کالاها در جهت تحمیل شروط ضرر بار بر مصرف‌کنندگان به عنوان امری غیرمنصفانه در بند ۵ ماده ۱ و ماده ۸ قانون حمایت از مصرف‌کنندگان، در نظر گرفتن عقل جمعی و نگاه عرفی و تلقی آن به عنوان



یک امر منصفانه، مستفاد از اصل ۱۶۸ قانون اساسی تلقی وجدان عرفی و آداب و رسوم محلی به عنوان امر منصفانه در ماده ۲۳ قانون تشکیل خانه انصاف (هرچند این قانون منسوخ است، ولی تعریف مفاهیم در آن، تصویری از نگاه مفهوم شناسانه قانون گذار ارائه می دهد، غیر منصفانه انگاری شروط مغایر با شرایط مقرر در قانون تجارت الکترونیکی برای این گونه قراردادها، اعمال تجاری محل به رقابت سالم، به عنوان مصداقی از رفتار دور از انصاف، مستفاد از قانون اصلاح موادی از قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران و اجرای سیاست های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی، مصوب ۱۳۸۷/۳/۲۵)، نمونه هایی برای درک مفهوم انصاف در نصوص مصرح قانونی می باشد.

این نمونه ها در قوانین انگلیس نیز مشاهده می شود که به برخی از آنها اشاره می گردد:

– طبق قاعده ذیل قانون شروط غیر منصفانه قراردادی مصوب ۱۹۷۷ انگلستان، تحمیل شرط عدم مسئولیت به نفع فروشنده در قبال عیب کالا، شرطی است غیر منصفانه. «یک شرط قراردادی که مقرر می دارد خریدار نمی تواند در صورت تحویل گرفتن کالای معیوب یا اشتباه از پرداخت مبلغ آن امتناع کند، یک شرط رافع مسئولیت است و مشمول مقررات موجود در قانون شروط غیر منصفانه قراردادی می باشد» (راف، ۱۳۹۰: ۱۲۳). مطابق با مقررات این قانون، شروط مشروحه ذیل لازم الاجرا نمی باشد:

الف) محدود کردن مسئولیت فروشنده و یا تولید کننده کالاهای مصرفی در ضمانت نامه مربوط، در قبال خسارات وارده به مصرف کننده و یا اموال وی که ناشی از عیوب کالا بوده و این عیوب ناشی از تقصیر سازنده و یا پخش کننده باشد.

ب) محدود کردن مسئولیت در قبال نقض تعهدات مربوط به در اختیار داشتن مالکیت بلامعارض کالا در قراردادهای فروش کالا، اجاره به شرط تملیک و سایر قراردادهای عرضه کالا. جالب توجه اینکه بند ۲ ماده ۱۱ قانون مزبور جهت تشخیص متعارف و منطقی بودن شروط مندرج در قراردادهای استاندارد، دادگاه ها را به معیارها و ضوابطی توجه می دهد که در جدول شماره ۲ آن قانون ذکر شده است. طبق این جدول، معیارهایی که ممکن است در تشخیص متعارف و معقول بودن شروط محدود کننده مسئولیت مدنظر قرار گیرد، عبارت اند از:

- ۱- وضعیت معامله و قدرت چانه زنی طرفین نسبت به یکدیگر؛
- ۲- آیا مصرف کننده برای انعقاد قرارداد با چنین شروطی انگیزه خاصی داشته و آیا این امکان برای وی فراهم بوده که این قرارداد را بدون آن شرط منعقد نماید؟
- ۳- آیا مصرف کننده به وجود و مفاد آن شروط مطلع بوده است یا نه؟
- ۴- آیا کالاها به سفارش خاص مصرف کننده و برای رفع نیاز بخصوص وی ساخته، پرداخته و یا تهیه شده است؟ (شیروی، ۱۳۹۶: ۹۰-۸۸).

قاعده ذیل قانون شروط غیر منصفانه قراردادهای مصرفی مصوب ۱۹۹۹ انگلستان: «دو الزام قانونی، یعنی لزوم وجود حسن نیت و لزوم وجود تعادل در قدرت معاملاتی طرفین عقد، مؤلفه‌هایی هستند که منصفانه بودن یا نبودن یک شرط قراردادی را در مقام عمل مشخص می‌سازند» (راف، ۱۳۹۰: ۱۳۲).

### معیارهای اجتهادی قانونی

منظور از معیارهای اجتهادی، دلالت‌های مقررات قانونی است که مفاد آنها گویای مصداقی از مصادیق انصاف است؛ گواهی که صریحاً نامی از انصاف یا امر منصفانه یا غیر منصفانه برده نشده باشد.

- اعمال تخفیف بر مقصر حادثه زیان‌بار به شرح مندرج در ماده ۴ قانون مسئولیت مدنی. این مقرر همان گونه که برخی از پژوهشگران حوزه مسئولیت مدنی گفته‌اند، مبتنی بر قاعده انصاف است (یزدانیان، ۱۳۹۷: ۲۷۵/۱). بر اساس این ماده قانونی، سخت‌گیری بر مقصرین این چنین، مصداق اجحاف و رفتار غیر منصفانه است و مقابل آن، مصداقی از مصادیق انصاف می‌باشد.

- تقسیم اموال تاجر ورشکسته بین طلبکاران و نه اختصاص دادن آنها به برخی، به دلالت غیر صریح ماده ۵۲۲ قانون تجارت، امری منصفانه می‌باشد. در واقع، عدم تبعیض انصاف تلقی می‌گردد؛ چرا که مطابق این ماده، تقسیم اموال تاجر ورشکسته بین طلبکاران، به نسبت طلب آنها صورت می‌گیرد. مهلت دادن به بدهکار معین به شرح مذکور در مواد ۶۵۲ و ۲۷۷ قانون مدنی و موادی از قانون اعسار و قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی؛ اگرچه در این نصوص صریحاً انصاف اعلام نگردیده، ولی قطعاً از جهت منصفانه بودن این کار است.

- ماده ۶۵۲ قانون مدنی دال بر اعطای مهلت به قرض گیرنده که این نیز مبتنی بر انصاف است: در موقع مطالبه، حاکم مطابق با اوضاع و احوال، برای معترض مهلت یا اقساطی قرار می‌دهد.

- ماده ۲۷۷ قانون مدنی مبنی بر اعطای مهلت به مدیون یا تقسیط دین: «متعهد نمی‌تواند متعهدله را مجبور به قبول قسمتی از موضوع تعهد نماید، ولی حاکم می‌تواند نظر به وضعیت مدیون مهلت عادلانه یا قرار اقساط دهد».

پذیرش تجزیه وجه برات در ماده ۲۶۸ قانون تجارت، مصداق انصاف است. این ماده که برخلاف ماده ۲۷۷ قانون مدنی و قاعده تجزیه ناپذیری دین در مقام وفای به عهد می‌باشد، با رویکردی منصفانه میزان پرداختی صادرکننده برات را پذیرفته و تعقیب وی و ظهور نویس‌ها را فقط نسبت به باقیمانده تعهد براتی، مجاز دانسته است. روشن است که این تخفیف و تسهیل بر مبنای انصاف



می‌باشد. برخی از حقوق دانان هدف این ماده را کاستن از مسئولیت سنگین ظهرویس‌ها دانسته‌اند (کاتوزیان، ۱۳۹۴: ۵۷/۴).

- تعدیل اجاره‌بها در شرایط نوسان بازار و عدم جمود بر توافق قراردادی اولیه بین موجر و مستأجر، نوعی انصاف است که از ماده ۴ قانون روابط موجر و مستأجر استفاده می‌شود. معاف نمودن متعهد از مسئولیت قراردادی در اثر علل خارج از اختیار با استفاده از دلالت ماده ۲۲۷ قانون مدنی؛

- استحقاق انتقال‌دهنده زمین نسبت به قیمت مقدار اضافی زمین، مستنبط از ماده ۱۴۹ قانون ثبت. البته، برخی گفته‌اند فرض این ماده جایی است که زمین با حدود اربعه همراه با ذکر مساحت در سند انتقال فروخته شده است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲: ۱۵۶). با این وجود، به جهت اینکه در برابر اضافه مساحت ثمنی پرداخت نشده بوده، لذا منصفانه نیست که فروشنده به جهت این اشتباه، محروم از دریافت مابه‌التفاوت گردد.

### معیارهای رویه‌ای

نمونه آرای قضایی و داوری در ایران و انگلیس وجود دارد که با دقت در آنها، می‌توان مفهوم انصاف با انصاف‌گرایی را دریافت کرد. دادنامه شماره ۶۴۷۹۱۴۰۲ شعبه دوم دادگاه حقوقی شیراز، داراشدن بلاجهت را مغایر با انصاف تلقی و دعوی خواهان را رد کرده است. مورد دیگر، شعبه چهارم دادگاه تجدیدنظر استان لرستان به‌موجب دادنامه شماره ۲۰۷/۸۲ مورخ ۱۳۸۲/۲/۳۰ تشریفات ثبتی مقرر در مواد ۴۷ و ۴۸ قانون ثبت اسناد و املاک را با تفسیر مضیق، تشریفاتی صوری تلقی کرده؛ به نحوی که عدم رعایت آنها، به اراده طرفین که مبنی بر انجام معامله بوده، خللی وارد نمی‌کند. آن‌گاه با این استدلال که قرار عدم استماع دعوی اصداری توسط دادگاه بدوی به جهت عدم ثبت معامله، برخلاف انصاف است، آن را نقض نموده است. این رأی اتفاقاً منجر به صدور رأی وحدت رویه شماره ۶۷۲-۱۳۸۳ مورخ ۱۳۸۳/۱۰/۱ هیئت عمومی دیوان عالی کشور، مبنی بر تأیید استدلال مندرج در آن، گردیده است. حاصل مطلب اینکه تفسیری از قانون که تأمین‌کننده عدالت واقعی و احترام به اراده معامله طرفین باشد، از جمله مصادیق انصاف می‌باشد که می‌توان به مثابه یک معیار به آن نگریست.

و از رویه قضایی در انگلیس می‌توان به این نمونه اشاره کرد: در پرونده‌ای، پیمانکاران نسبت به ساخت یک کارخانه مهمات‌سازی به مبلغ ۳.۵ میلیون پوند متعهد شده بودند. در حین انجام کارها، تاخیرهایی به وجود آمد که پیمانکار تقصیری نداشت و مهلت تمدید شد. کارفرما دستور داد تا کارها برای جبران زمان تلف‌شده اولیه تسریع شود و متعهد شد مبالغ بیشتری را به پیمانکار پرداخت کند. در برآوردهای اولیه پیش‌بینی می‌کردند که نتایجی به ارزش ۵۰۰۰۰۰ پوند بیشتر شود. با پیشرفت کارها، تغییرات بیشتری سفارش داده شد. قاضی اعلام کرد که با تسریع در کارها

[که در دوره تمدید زمانی اجرای پروژه توسط پیمانکار صورت گرفته بود]، طرفین قراردادهای متفاوتی منعقد کردند که در آن، شرطی وجود دارد که اگر قرار باشد کار از نظر مادی بیش از ۵۰۰۰۰ پوند تغییر کند، هر کاری که بیش از این مبلغ باید انجام شود، بر اساس ارزش کوانتومی ارزش گذاری شود. این نشان دهنده اعمال احتیاط لازم در هنگام صدور تغییرات است. اگر تغییرات به حدی از محدوده اصلی کار فاصله داشته باشد که نتوان آن را منصفانه به عنوان بخشی از معامله اصلی در نظر گرفت، قرارداد جداگانه‌ای را تشکیل می‌دهد که ممکن است مشمول همان شرایط نباشد.

در این رأی، به رغم توافق پیمانکار با کارفرما جهت سرعت بخشیدن به کار به منظور جبران زمان تلف شده، قاضی او را مستحق اضافه مبلغ قراردادی دانسته و این حکم را بر اساس انصاف استوار نموده است.

### معیارهای فقهی

در فقه امامیه، مواردی یافت می‌شود که به این قاعده، تحت عنوان «العدل و الانصاف» استناد شده است. ظاهراً، اولین فقیهی که به آن با عبارت «مقتضی العدل و الانصاف» تمسک جسته، سید محمد عاملی است (عاملی، ۱۴۱۳ق، ۱/۴۳۰). هر چند این فقیه از آن به عنوان یک قاعده تعبیر نکرده است. همچنان که فقهایی چون بحرانی (بحرانی، ۱۴۰۵ق) و صاحب جواهر (نجفی، ۱۴۲۲ق، ۳۱۵/۳۲ و ۲۲۴/۲۶) که بعد از وی می‌باشند، در حد یک استدلال به آن استناد کرده‌اند، لیکن جمع زیادی از فقهای معاصر مانند سید محسن حکیم (حکیم، ۱۳۷۴: ۹/۴۹۷، ۱۴/۲۴۹) و سید ابوالقاسم خویی (خویی، ۱۳۶۴: ۳/۱۴۶، ۱۴۸: خویی، ۱۳۸۳: ۵/۲۵۳ و ۷/۲۹۱) و سید روح اله خمینی (خمینی، ۱۳۸۸: ۵/۱۳۹، ۱۴۲) از آن به عنوان یک قاعده فقهی تعبیر و مورد استناد قرار داده‌اند.

برخی از فقهای عمده دلیل قاعده عدل و انصاف را حکم عقل می‌دانند، بدین معنا که عدل و انصاف نزد عقل دارای پایگاه استحسان است؛ همچنان که سیره عقلاً را نیز مؤید آن می‌داند (سیفی مازندرانی، ۱۴۲۵ق، ۱/۲۰۷-۲۰۶). این فقیه جریان این قاعده را هم در ابواب معاملات مالی و هم غیرمالی پذیرفته است.

در هر صورت، آنچه که از نصوص فقهی مربوط به انصاف در جهت موضوع مورد بحث، یعنی ضابطه تشخیص امر منصفانه کمک می‌کند، مرور تعلیقات فقهی است که فقها با استدلال به مبانی تقلی، عقلی و عرفی بر این قاعده انطباق داده‌اند. نگاهی حتی گذرا به تطبیقات مزبور، این فرضیه را تقویت می‌نماید که عدل و انصاف مورد نظر فقها، همان مفهوم وسیع اخلاقی است که وسعت معنایی آن، طیف گسترده‌ای از انتظارات معقول و متعارف را در بر می‌گیرد که از جمله آنها،



مطلوبیت امری در عرف تجاری و بازرگانی می‌باشد. اکنون، به برخی از استنادات فقها اشاره می‌شود؛ زیرا ذکر همه آنها خارج از حوصله پژوهش حاضر است.

حکم به تساوی در امور مشاعی که میزان سهم هریک از ذی‌نفعان در منشأ حق مشاعی مشخص نگردیده، از قبیل وقف بر افراد متعدد، وصیت برای افراد متعدد، انجام وظایف اوصیای متعدد در وصیت عهدی، مساوی‌انگاری سهم ذوالید متعدد، رعایت مساوات بین زوجات در تعدد زوجات (سیفی مازندرانی، ۱۴۲۵ق، ۱/۲۳۳-۲۲۳)، حکم به تساوی در ضررهای ناشی از حوادث قهری وارده بر مال مشاع نسبت به مالکان مشاع (مصطفوی، ۱۳۸۳: ۱۶۱)، تبدیل مسئولیت عینی به پرداخت قیمت مال مغضوب در مواردی که استرداد عین مغضوب مستلزم هزینه‌های سنگین بر غاصب می‌باشد، با این استدلال که وجدان عرفی این امر را نمی‌پذیرد و در نتیجه، می‌توان از طریق قاعده لاضرر، تبدیل مزبور را پذیرفت که برخی از فقهای متأخر مطرح نموده‌اند، همگی به استناد قاعده عدل و انصاف و مؤید مدعا می‌باشد (بجنوردی، ۱۳۷۷: ۷۲/۴-۷۰).

## بحث و نتیجه گیری

این پژوهش با بررسی تطبیقی جایگاه انصاف در داوری تجاری بین‌المللی در دو نظام حقوقی ایران و انگلیس، به تحلیل نقش این مفهوم کلیدی در ارتقای عدالت در فرایندهای داوری پرداخت. انصاف، به‌عنوان پلی بین اخلاق و حقوق، نه تنها به‌عنوان یک ارزش اخلاقی، بلکه به‌مثابه ابزاری حقوقی، توانایی شکل‌دهی به فرایندها و نتایج داوری را دارد. یافته‌های این مطالعه نشان می‌دهد که انصاف می‌تواند داوری تجاری بین‌المللی را به روشی عادلانه‌تر، منعطف‌تر و کارآمدتر برای حل و فصل اختلافات تجاری با ویژگی‌های بین‌المللی تبدیل کند. نتایج این پژوهش را می‌توان در سه محور اصلی خلاصه کرد که هر یک به جنبه‌ای از کاربرد انصاف در داوری اشاره دارند:

اولاً، انصاف آیینی به‌عنوان ستون فقرات عدالت شکلی در داوری تجاری بین‌المللی: در هر دو نظام حقوقی ایران و انگلیس، انصاف در بُعد آیینی از طریق رعایت اصول بنیادین تناظر، بی‌طرفی داور و ابلاغ صحیح اوراق داوری به رسمیت شناخته شده است. این اصول که در قوانین ایران (مواد ۱۲، ۱۸ و ۲۳ قانون داوری تجاری بین‌المللی مصوب ۱۳۷۶) و انگلیس (مواد ۲۴، ۳۳ و فصل ۷۶ قانون داوری ۱۹۹۶) تصریح شده‌اند، تضمین‌کننده حقوق طرفین در فرایندی عادلانه و شفاف هستند. نقض هر یک از این اصول، چه در ایران و چه در انگلیس، ضمانت اجرای مشابهی مانند جرح داور یا ابطال رأی داوری را به دنبال دارد. این اجماع نشان‌دهنده پذیرش جهانی انصاف آیینی به‌عنوان ضرورتی غیرقابل اجتناب است که فراتر از تفاوت‌های نظام‌های حقوقی، به حفظ اعتماد طرفین به داوری کمک می‌کند؛ برای مثال، در پرونده‌های داوری بین‌المللی، نقض اصل تناظر، مانند عدم اعطای فرصت برابر به یکی از طرفین برای ارائه ادله، بارها به ابطال آرای داوری منجر شده است. این امر بر اهمیت تدوین استانداردهای دقیق‌تر برای تضمین انصاف آیینی تأکید دارد. ثانیاً، انصاف ماهوی و پیچیدگی‌های کاربرد آن: انصاف در بُعد ماهوی که به صدور رأی بر اساس انصاف به‌جای پایبندی صرف به نصوص قانونی اشاره دارد، در دو فرض اعطای اختیار و عدم اعطای اختیار به داور بررسی شد. در حقوق انگلیس، انصاف به‌عنوان قاعده‌ای حقوقی ریشه‌دار که از محاکم «چانسری» سرچشمه گرفته، جایگاه ویژه‌ای دارد. اگرچه قانون داوری ۱۹۹۶ انگلیس به‌صراحت به امکان صدور رأی بر اساس انصاف اشاره نکرده، بند ب ماده ۴۶ این قانون با اشاره به «ملاحظات» مورد توافق طرفین، درهای استناد به انصاف را باز گذاشته است. این انعطاف‌پذیری، همراه با پذیرش انصاف در عرف تجاری، احتمال استناد به آن را حتی در غیاب توافق صریح تقویت می‌کند. در مقابل، در حقوق ایران، ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی (۱۳۷۶) صدور رأی بر اساس انصاف را به توافق صریح طرفین محدود کرده است. مفهوم مخالف این ماده نشان می‌دهد که بدون چنین توافقی، داور ملزم به رعایت قوانین ماهوی است و نادیده گرفتن قوانین آمره به بهانه انصاف می‌تواند رأی را باطل کند (ماده ۳۴). با این حال، ظرفیت



قاعده‌انگاری انصاف در حقوق ایران، به‌ویژه با الهام از اصول فقهی مانند «عدل و انصاف» و معیارهای عرفی، وجود دارد. این تفاوت نشان‌دهنده رویکرد محتاطانه‌تر ایران در مقایسه با انعطاف‌پذیری انگلیس است، اما در عین حال فرصتی برای توسعه حقوقی در ایران فراهم می‌کند. ثالثاً، شناسایی انصاف از طریق معیارهای متنوع: یکی از چالش‌های اصلی در کاربرد انصاف، نبود معیارهای مشخص برای تشخیص آن است. این پژوهش نشان داد که مفهوم حقوقی انصاف ترکیبی از ارزش‌های اخلاقی، اصول عرفی، نصوص قانونی، رویه‌های داوری و در حقوق ایران، آموزه‌های فقهی است. در ایران، قوانینی مانند ماده ۵۷۱ قانون تجارت (اعاده اعتبار تاجر ورشکسته) و ماده ۱۷۹ قانون دریایی (ممنوعیت سوءاستفاده از اضطرار) مصادیق انصاف را ارائه می‌دهند. در انگلیس، قوانینی مانند قانون شروط غیرمنصفانه قراردادی ۱۹۷۷ و قانون شروط غیرمنصفانه قراردادهای مصرفی ۱۹۹۹ معیارهایی مانند حسن‌نیت و تعادل در قدرت معاملاتی را برای انصاف تعریف می‌کنند. رویه‌های قضایی، مانند رأی وحدت رویه شماره ۶۷۲-۱۳۸۳ در ایران یا پرونده *Interfoto v. Stiletto* (1989) در انگلیس و اصول فقهی مانند قاعده «عدل و انصاف» در فقه امامیه، به شناسایی مصادیق انصاف کمک می‌کنند. این تنوع منابع نشان‌دهنده پویایی مفهوم انصاف است، اما در عین حال نیاز به تدوین معیارهای منسجم‌تر را برجسته می‌سازد. برای تقویت جایگاه انصاف در داوری تجاری بین‌المللی، پیشنهادهای زیر ارائه می‌شود:

۱- تدوین معیارهای قانونی مشخص: قانون‌گذاران ایرانی می‌توانند با اصلاح قانون داوری تجاری بین‌المللی، معیارهای مشخصی برای تشخیص انصاف در داوری ارائه دهند. این امر می‌تواند به کاهش ابهامات و افزایش اعتماد به آرای داوری منجر شود.

۲- بهره‌گیری از اسناد بین‌المللی: استفاده از اصول بین‌المللی مانند قانون نمونه آنسیترال (۱۹۸۵) و اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی (UNIDROIT) می‌تواند به شناسایی معیارهای انصاف کمک کند.

۳- آموزش داوران: برگزاری دوره‌های آموزشی تخصصی برای داوران در زمینه انصاف و معیارهای آن، به‌ویژه در زمینه ترکیب اصول حقوقی و اخلاقی، ضروری است.

۴- تقویت رویه داوری: ایجاد پایگاه داده‌ای از آرای داوری در ایران که مصادیق انصاف را نشان می‌دهند، می‌تواند به توسعه رویه‌ای منسجم کمک کند.

۵- ترویج گفت‌وگوی بین‌المللی: همکاری با نهادهای داوری بین‌المللی مانند اتاق بازرگانی بین‌المللی (ICC) و مرکز داوری لندن (LCIA) می‌تواند به تبادل تجربیات و ارتقای استانداردهای انصاف در ایران کمک کند.

انصاف در داوری تجاری بین‌المللی نه تنها ابزاری برای تحقق عدالت است، بلکه می‌تواند به عنوان عاملی برای افزایش جذابیت این روش حل اختلاف در مقایسه با دادرسی قضایی عمل کند. با

توجه به رشد تجارت جهانی و افزایش پیچیدگی اختلافات تجاری، نیاز به رویکردهای منعطف و عادلانه بیش از پیش احساس می‌شود. این پژوهش زمینه را برای تحقیقات آینده در زمینه‌هایی مانند تدوین معیارهای جهانی برای انصاف، تأثیر انصاف بر کاهش هزینه‌ها و زمان داوری و نقش فناوری در تضمین انصاف آیینی فراهم می‌کند. همچنین، بررسی تطبیقی انصاف در سایر نظام‌های حقوقی، مانند حقوق فرانسه یا نظام حقوقی کامن‌لا، می‌تواند به درک عمیق‌تری از این مفهوم منجر شود. در پایان، انصاف به عنوان روح عدالت در داوری تجاری بین‌المللی، پتانسیل آن را دارد که فراتر از یک مفهوم حقوقی، به نمادی از اعتماد و همکاری در تجارت جهانی تبدیل شود. این پژوهش گامی در جهت روشن‌سازی ساختن این پتانسیل است و دعوتی است به قانون‌گذاران، داوران و پژوهشگران برای بازاندیشی در نقش انصاف در شکل‌دهی به آینده داوری بین‌المللی.

## منابع

- ابوالمعالی، نصر بن محمد، (۱۴۰۲). ملیله و دمنه. تهران: نشر روزنه.
- اداره وحدت رویه و نشر مذاکرات هیأت عمومی دیوان عالی. (۱۳۸۶). مجموعه مذاکرات و آرای هیأت عمومی دیوان عالی کشور، چاپ اول. تهران: انتشارات دیوان عالی کشور، اداره وحدت رویه.
- ارسطو، محمدحسن. (۱۳۹۹). اخلاق نیکوماخوس، ترجمه محمدحسن لطفی. تهران: طرح نو.
- افشار، حسن. (۱۳۵۵). کلیات حقوق تطبیقی، تهران: دانشگاه تهران.
- آنه، راف. (۱۳۹۰). قواعد حقوق قراردادهای انگلستان از نگاه رویه قضایی، ترجمه سید مهدی موسوی. تهران: نشر میزان.
- بجنوردی، سید محمدحسن. (۱۳۷۷). القواعد الفقهیه، ج ۴، قم: نشر الهادی.
- بحرانی، شیخ یوسف. (۱۴۰۵). حدائق الناضرة، ج ۲۵، چاپ اول. قم: انتشارات اسلامی.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۸۲). حقوق ثبت، چاپ اول. تهران: گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۸۳). ترمینولوژی حقوق، چاپ چهاردهم. گنج دانش: تهران.
- حکیم، سید محسن. (۱۳۷۴). مستمسکی العروة الوثقی، چاپ اول. قم: دارالتفسیر.
- خمینی، سید روح الله. (۱۳۸۸). البیع، چاپ اول. تهران: مؤسسه حفظ و نشر آثار.
- خویی، سید ابوالقاسم. (۱۳۶۴). مستند العروة الوثقی، چاپ اول، قم: انتشارات لطفی.
- خویی، سید ابوالقاسم. (۱۳۸۳). مصباح الفقاهه، ج ۵، چاپ اول. قم: انصاریان.
- دهخدا، علی اکبر. (۱۳۷۷). لغت نامه، ج ۳. تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- دهخدا، علی اکبر. (۱۳۸۳). امثال و حکم، ج ۱. تهران: انتشارات امیرکبیر.
- راسخ، محمد. (۱۳۹۵). حق و مصلحت - مقالاتی در فلسفه حقوق، فلسفه حق و فلسفه ارزش. تهران: نشر نی.
- رانول فان، کانگم. (۱۴۰۰). آیین دادرسی مدنی مجلد دوم تاریخ آیین دادرسی مدنی اروپایی، برگردان و پژوهش دکتر حسین داوودی بیرق. تهران: شرکت سهامی انتشار.
- سیفی مازندرانی، علی اکبر. (۱۴۲۵ق). مبانی الفقه الفعال فی القواعد الاساسیه، چاپ اول. قم: انتشارات اسلامی.
- شهید ثانی، زین الدین علی. (۱۴۱۳ق). مسالک الافهام الی تنقیح سرائت الاسلام، چاپ اول. قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه.
- شیروی، عبدالحسین. (۱۳۹۶). داوری تجاری بین‌المللی، چاپ هفتم. تهران: انتشارات سمت.
- صالح، علی پاشا. (۱۳۹۷). سرگذشت قانون - مباحثی از تاریخ حقوق - دورنمایی از روزگاران پیشین تا امروز. تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- طوسی، خواجه نصیرالدین. (۱۳۶۹). اخلاق ناصری. تهران: خوارزمی.
- عاملی، سید محمدبن علی. (۱۴۱۳ق). نهائیه المرام، چاپ اول. قم: انتشارات اسلامی.
- عسکری، ابوهلال. (۱۴۱۴ق). معجم الفروق اللغویه، ج ۱. قم: انتشارات اسلامی.

علی‌خانی، حمیدرضا و عباسی، سعید. (۱۳۸۹). دستاوردهای جدید قانون داوری ۱۹۹۶ انگلستان و مقایسه با قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران، مجله پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، شماره ۲۱، نیم‌سال اول ۱۳۹۱، ۸۱-۱۱۳.

فرخ‌مرد، بهرامان. (۱۴۰۱). مادیان هزار هزاردستان «هزار رأی حقوقی»، پژوهش سعید عریان. تهران: انتشارات علمی.

کاتوزیان، ناصر. (۱۳۹۳). فلسفه حقوق، جلد‌های ۱، ۲ و ۳. تهران: شرکت سهامی انتشار.

کاتوزیان، ناصر. (۱۳۹۴). قواعد عمومی قراردادها، ج ۴، چاپ نهم. تهران: شرکت سهامی انتشار.

کلی، جان. (۱۳۹۸). تاریخ مختصر تئوری حقوقی در غرب، ترجمه محمد راسخ. تهران: نشر نی.

گنیگز، آرتورتی. (۱۳۶۵). داوری تجاری و اصول حاکم بر آن در حقوق انگلیس، ترجمه و تلخیص از حسین میرمحمد صادقی، مجله حقوقی، ۱۰، ۳۰۱-۲۱۱.

محقق خراسانی، ملامحمد کاظم (۱۴۱۴ق). کفایة‌الاصول، چاپ سوم. قم: انتشارات اسلامی.

مصطفوی، محمد کاظم. (۱۳۸۳). القواعد الفقهیة، چاپ چهارم. قم: انتشارات اسلامی.

میرمعزی، احمد. (۱۳۹۱). داوری بین‌المللی در دعاوی بازرگانی، چاپ سوم. تهران: نشر دادگستر.

نجفی، شیخ محمدحسن. (۱۴۴۲ق). جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، جلد‌های ۳۲ و ۴۱ و ۱۵ و ۲۶. قم: انتشارات اسلامی.

نراقی، ملااحمد. (۱۳۷۵). معراج السعاده. قم: مؤسسه انتشارات هجرت.

هارت، هربرت. (۱۳۹۹). مفهوم قانون، ترجمه محمد راسخ. تهران: نشر نی.

-Bailey, HHJ Edward. (2012) A Handbook for Litigants in Person. <https://judiciary.uk/publications>

-Bantekas, I. (2020). Equal treatment of parties in international commercial arbitration. *International & Comparative Law Quarterly*, 69(4), 991-1011.

-Błaszczak, Ł., & Kolber, J. (2013). General principles of law and equity as a basis for decision-making in arbitration. *Comparative Law Review*, 15, 189-208.

-Cohen, A. (2013). A global evaluation of organizational fairness and its relationship to psychological contracts. *Career Development International*, 18(6), 589-609.

-Plucknett, T. F. T. (2001). A concise history of the common law. The Lawbook Exchange, Ltd.

-Redfern, A. (2004). Law and practice of international commercial arbitration. UK: Bath press

-Sánchez Lorenzo, S. A. (2021). Reasons in arbitral awards: Arbitration in Equity, Arbitration in Law and Arbitration Without Law in International Trade.