مجله علمی پژوهش در حقوق، فقه، فلسفه و الهیات ، شماره ۱۶ ، تابستان ۱۳۹۸جلد۳، ص۵۸-۴۶
http://www.jrse.ir

بررسی اصل استقلال و بی طرفی داور در حقوق ایران و نظام ها حقوقی کامن لاو و رومی ژرمنی

مجله علمی پژوهش در حقوق، فقه، فلسفه و الهیات (سال پنجم)
شماره ۱۶ / تابستان ۱۳۹۸ / ص ۵۸-۴۶

توحید سلام زاده سلماسی[1]
[1]دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی

نویسنده مسئول:
توحید سلام زاده سلماسی

چکیده

داوری به عنوان شیوه موازی دادرسی دادگاه های دولتی از مقبولیت جهان شمولی برخوردار است. در این شیوه دادرسی معرفی یک داور توسط هر یک از طرفین از دیر زمان رایج و مرسوم بوده است لیکن نقش انحصاری اراده هر طرف در انتخاب یک داور تداعی کننده این شبهه است که داور منتخب هر یک از طرفین، که ماده ۴۵۹ قانون آیین دادرسی مدنی ایران از او به عنوان داور اختصاصی یاد کرده است، نماینده طرفی است که او را انتخاب نموده است. اصل استقلال و بی طرفی داوران در داوری های داخلی و بین المللی از اهمیت فوق العاده ای برخورداراست. وجود اصل مذکور در مقررات ورعایت آن توسط داوران ماهیت قضایی داوری را بیش ازپیش به عدالت نزدیک نموده و موجب می گردد تا رای داوری به طور عادلانه صادر گردیده و در هنگام اجرا با ایرادی مواجه نگردد. همانطور که قاضی دادگاه دولتی باید مستقل و بی طرف باشد داور نیز چنین است. بنابراین داور منتخب طرفین نباید وکیل ایشان محسوب گردد. در مقررات داوری تجاری بین المللی ایران و آنسیترال و سازمان جهانی مالکیت فکری با تاکید براین اصل بین استقلال و بی طرفی تفاوت گذاشته شده است. در مقررات مذکور مصادیق عدم استقلال و جانبداری بیان نشده و فقط در صورت وجود اوضاع و احوالی که باعث تردیدهای موجه گردد داور قابل جرح دانسته شده است.

کلیدواژه ها: استقلال، بی طرفی، داور، داوری تجاری بین المللی

مقدمه

هدف از داوری اعم از داوری داخلی و بین المللی مانند قضاوت و دادرسی در دادگاههای دادگستری حل و فصل اختلاف به صورت عادلانه است، بنابراین رعایت اصل استقلال واصل بیطرفی در داوری های بین المللی مانند آنچه که در رسیدگی قضایی در دادگاه دادگستری است ضرورت دارد. در واقع لازمه رسیدگی عادلانه رعایت اصل استقلال وبیطرفی است همانطور که قاضی دادگاه دادگستری باید مستقل و بیطرف باشد داور نیز باید دارای چنین اوصافی باشد در غیر اینصورت وفق اغلب مقررات داوری های بین المللی مورد جرح قرار گرفته و رأی صادره نیز قابل ابطال شناخته شده است.

بنابراین هر چقدر اصل استقلال و بیطرفی در مقررات پر رنگ و دارای ضمانت اجراء بوده باشد داوری و رسیدگی و حکم صادره عادلانه و منصفانه خواهد بود. وجود اصل بیطرفی و استقلال در داوری موجب گرایش طرفین دعوا به داوری می گردد و در واقع کلید پیشرفت داوری بین المللی است. این اصل به جریان رسیدگی توسط داور، ماهیت قضایی می بخشد. تفاوت عمده میانجیگری و داوری نیز در این است که در میانجیگری رعایت اصل مذکور ضرورت ندارد در حالی که در داوری اعم از داوری ملی و بین المللی اصل استقلال و بیطرفی باید مراعات گردد. به ویژه در داوری های بین المللی هدف طرفین دعوا از مراجعه به داوری به جای مراجعه به دادگاه کشور متبوع طرفین دعوا و قاضی دولتی قضاوت عادلانه و مستقل و بدون گرایش و جانبداری است.

ترویج استفاده از داوری به‌عنوان یک روشِ حل اختلاف، در گرو اعتماد عمومی به روش یادشده است. در این میان، بی‌طرفی (Impartiality) و استقلالِ (Independence) داوران، از جمله شرایط لازم برای تحقق این اعتماد تلقی می‌شود. استقلال و بی‌طرفیِ داور موجب تضمین رسیدگی منصفانه در داوری است و نبود این ویژگی‌ها باعث می‌شود که نتوان به فرایند حل اختلاف و نتیجهٔ حاصل از آن اعتماد کرد و آن را عادلانه تلقی نمود(جنیدی، ۱۳۹۰، ۸۹). اهمیت اعتماد به سلامت نظام حل اختلاف به‌حدی است که به‌منظور تأمین آن در اسناد بین‌المللی بارها بر ضرورت وجود دو وصف پیش‌گفته تأکید شده است(آشوری، ۱۳۹۳، ۸۵).

در دههٔ اخیر هم‌زمان با گسترش فوق‌العادهٔ داوری، بحث در خصوص استقلال و بی‌طرفی داور، از مسائل مهم و درعین‌حال چالش‌برانگیز بوده است، زیرا قوانین و مقررات داخلی و بین‌المللی معمولاً تعریف مشخصی از مفاهیم یادشده به‌دست نداده‌اند. اصل استقلال و بی‌طرفی داوران در داوری‌های بین المللی از اهمیت فوق العادهای برخورداراست. وجود اصل مذکور در مقررات ورعایت آن توسط داوران ماهیت قضایی داوری را بیش ازپیش به عدالت نزدیک نموده و موجب می‌گردد تا رای داوری به طور عادلانه صادر گردیده ودر هنگام اجرا با ایرادی مواجه نگردد. همان‌طور که قاضی دادگاه دولتی باید مستقل و بی‌طرف باشد داور نیز چنین است. بنابراین داور منتخب طرفین نباید وکیل ایشان محسوب گردد. در مقررات داوری تجاری بین المللی ایران و آنسیترال و سازمان جهانی مالکیت فکری با تاکید براین اصل بین استقلال و بی‌طرفی تفاوت گذاشته شده است اما تعریف دقیقی از آن ها ارائه نشده است. در مقررات مذکور مصادیق عدم استقلال و جانبداری بیان نشده و فقط در صورت وجود اوضاع و احوالی که باعث تردیدهای موجه گردد داور قابل جرح دانسته شده است.

لذا پژوهش حاضر به دنبال بررسی اصل استقلال و بی طرفی داور در حقوق ایران و نظام ها حقوقی کامن لاو و رومی ژرمنی می باشد.

۱-استقلال و بی طرفی داور در قوانین ایران

۱-۱-استقلال و بی‌طرفی داور در قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی

گرچه در قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، هیچ ماده‌ای صراحتا شروط استقلال و بی‌طرفی داور را مقرر نداشته و از این اوصاف سخن نگفته است، اما ماده ۴۶۹ این قانون مصادیقی را ذکر کرده که ممکن است موجب خروج داور از مسیر استقلال و بی‌طرفی شوند و نصب داوران مشمول بندهای برشمرده شده در متن ماده را در شرایط ویژه‌ای ممنوع کرده است. البته این روش قانون گذار قابل انتقاد است. قانون گذار باید وصف کلی را بیان کند و خود را درگیر مصادیق ننماید و اگر مصادیق را ذکر می‌کند از باب تمثیل باشد، نه از باب حصر. این ماده بیان می‌دارد: «دادگاه نمی‌تواند اشخاص زیر را به سمت داور معین نماید مگر با تراضی طرفین:

یک- کسانی که سن آنان کمتر از بیست و پنج سال تمام باشد.

دو- کسانی که در دعوا ذینفع باشند.

سه- کسانی که با یکی از اصحاب دعوا قرابت سببی یا نسبی تا درجهی دوم از طبقه‌ی سوم داشته باشند.

چهار- کسانی که قیم یا کفیل یا وکیل یا مباشر امور یکی از اصحاب دعوا می‌باشند یا یکی از اصحاب دعوا مباشر امور آنان باشد.

پنج- کسانی که خود یا همسرانشان وارث یکی از اصحاب دعوا باشند.

شش- کسانی که با یکی از اصحاب دعوا یا با اشخاصی که قرابت نسبی یا سببی تا درجه‌ی دوم از طبقه‌ی سوم با یکی از اصحاب دعوا دارند، در گذشته یا حال دادرسی کیفری داشته باشند.

هفت- کسانی که خود یا همسرانشان و یا یکی از اقربای سببی یا نسبی تا درجهی دوم از طبقهی سوم او با یکی از اصحاب دعوا یا زوجه و یا یکی از اقربای نسبی یا سببی تا درجهی دوم از طبقهی سوم او دادرسی مدنی دارند.
هشت- کارمندان دولت در حوزه ماموریت آنان».
چند نکته در خصوص بندهای این ماده و ممنوعیت مشمولان این بندها از داوری قابل بررسی است:

۱. غیر از بند اول این ماده، سایر بندهای آن در پی حمایت از وصف استقلال و بیطرفی داوران و تضمین آن هستند.
۲. از عبارات استفاده شده در این ماده چنین برمیآید که مصادیق مذکور جنبهی تمثیلی نداشته و حصری است. حصری بودن این ماده به شدت قابل انتقاد است، چرا که نمیتوان تمام موجبات نقض استقلال و بیطرفی را در هشت بند احصا نمود.
۳. این ماده تنها ناظر به نصب داور توسط دادگاه است. در صدر ماده آمده است: «دادگاه نمیتواند....»؛ بنابراین، این ماده تنها ناظر به حالتی است که طرفین نصب داور را برعهدهی دادگاه گذاشتهاند یا آن که به دلیل امتناع طرفین یا شخص ثالث از نصب داور، این امر حسب مواد ۴۵۹ یا ۴۶۰ ق.آ.د.م. برعهده دادگاه قرار گرفته است. البته باید حداقل این ماده را ناظر به نصب داور توسط شخص ثالث نیز دانست ولی از عبارت حصری این ماده چنین امری برنمیآید. بنابراین تمام ممنوعیتهای ذکر شده در این ماده ناظر به انتخاب داور توسط دادگاه است و چنان چه طرفین بدون مراجعه به دادگاه داور انتخاب کنند این ممنوعیتها وجود نخواهد داشت. به عنوان مثال چنانچه هر یک از طرفین در قرارداد داوری متعهد شده باشند یک نفر را به عنوان داور اختصاصی تعیین کنند، انتخاب شخصی که در دعوا و اختلاف ذینفع است توسط هر یک از آنان به عنوان داور اختصاصی و یا تراضی آنان به عنوان داور مشترک ممنوع نشده است.
۴. این ماده بیانگر نوعی ممنوعیت نسبی است(مدنی، ۱۳۷۷، ۲۴۶) چرا که در صورت تراضی طرفین، دادگاه میتواند شخصی را که مشمول یکی از بندهای مقرر در این ماده است به عنوان داور منصوب نماید.
۵. چنان چه طرفین خود بخواهند اقدام به نصب داور اختصاصی یا سرداور نمایند، محدودیتی از حیث این ماده متوجه ایشان نیست که البته این ترتیب هم قابل انتقاد است. با توجه به شان شبه قضاوتی داوری نباید هیچ تفاوتی بین داور منصوب از جانب طرفین یا دادگاه برای رعایت شروط استقلال و بیطرفی وجود داشته باشد.
۶. یکی از موارد ممنوعیت که در بند ۲ این ماده مورد تصریح واقع شده، ذینفعی داور در دعواست. «احساس نفع و ضرر حالتی است که ناخودآگاه در فرد، موثر واقع و تصمیمات او را تحت تاثیر خود قرار میدهد»(مهاجری، ۱۳۸۹، ۲۳۸).
۷. از دیگر موارد ممنوعیت نسبی که در بند ۳ این ماده آمده است قرابت نسبی یا سببی داور با یکی از اصحاب دعوا تا درجهی دوم از طبقهی سوم است. در این حالت چه از سمت داور به این قرابت نگاه کنیم و چه از سمت طرف اختلاف، نباید این قرابت، تا درجهی دوم از طبقهی سوم باشد. درجات و طبقات قرابت در ماده ۱۰۳۲ قانون مدنی[۱] تعریف شده است. ماده ۱۰۳۳ قانون مدنی[۲] نیز ناظر به وضعیت درجات در ارتباط با قرابتهای سبی است.
۸. در مورد بند ۳ ماده ۴۶۹ این پرسش مطرح است که آیا کسانی که با نماینده یا وکیل یکی از طرفین دعوا قرابت نسبی یا سببی تا درجهی دوم از طبقهی سوم داشته باشند، مشمول ممنوعیت مذکور در این ماده هستند یا خیر؟ در پاسخ گفته شده است «چنانچه به علت وضع ماده ۴۶۹ نگریسته شود، از آن جایی که رعایت بی طرفی کامل و عاری بودن داور از تمام جاذبههایی که ممکن است در نظر او خدشه ایجاد کند، مدنظر قانون گذار بوده و از طرفی در بند ۲ این ماده عبارت اصحاب دعوا به طور مطلق به کار رفته و شامل وکیل نیز میشود؛ لذا باید در محدوده این ماده اقوام وکیل را نیز مشمول این محرومیت بدانیم»(مهاجری، ۱۳۸۹، ص ۲۴۰). اما چنان چه ظاهر بند ۲ ماده ۴۶۹ را ملاک قرار دهیم چون نماینده، مانند وکیل، اصالتا جزو اطراف دعوا محسوب نمیگردد؛ لذا انتخاب اقربای او به عنوان داور منعی نخواهد داشت. به نظر میرسد که با توجه به حصری بودن این ماده و انصراف عبارت اصحاب دعوا از نماینده، پاسخ دوم صحیحتر باشد.

---

[۱]- ماده ۱۰۳۲ قانون مدنی: «قرابت نسبی به ترتیب طبقات ذیل است: طبقه اول- پدر و مادر و اولاد و اولاد اولاد. طبقه دوم- اجداد و برادر و خواهر و اولاد آنها. طبقه سوم- اعمام و عمات و اخوال و خالات و اولاد آنها. در هر طبقه درجات اقرب و بعد قرابت نسبی به عده نسلها در آن طبقه معین میگردد. مثلا در طبقه اول قرابت پدر و مادر یا اولاد در درجه اول و نسبت به اولاد اولاد در درجه دوم خواهد بود و هکذا در طبقه دوم قرابت برادر و خواهر و جد و جده در درجه اول از طبقه دوم و اولاد برادر و خواهر و جد پدر در درجه دوم خواهد بود. در طبقه سوم قرابت عمو و دایی و عمه و خاله در درجه اول از طبقه سوم و درجه اولاد آنها درجه دوم از آن طبقه است».

[۲]- ماده ۱۰۳۳ قانون مدنی: «هر کس در هر خط و به هر درجه که با یک نفر قرابت نسبی داشته باشد در همان خط و به همان درجه قرابت سببی با زوج یا زوجهی او خواهد داشت. بنابراین پدر و مادر زن یک مرد اقربای درجه اول آن مرد و برادر و خواهرشوهر یک زن از اقربای سببی درجه دوم آن زن خواهند بود».

۹. به موجب بند ۴ این ماده، اگر شخصی کفیل یا مباشر یا وکیل امور یکی از طرفین دعوا باشد، نمی‌توان او را به عنوان داور منصوب کرد. اما اگر اصحاب دعوا کفیل یا مباشر یا وکیل شخصی باشند چه طور؟ قانون گذار در این خصوص صرفا به عبارت مباشر اکتفا کرده است؛ یعنی اگر یکی از طرفین اختلاف مباشر امور شخصی باشند، آن شخص از داوری بین ایشان ممنوع است. با این حال، این نکته حائز اهمیت است که عبارت مباشر عبارت عامی است که وکیل و قیم را نیز در برمی‌گیرد. بنابراین رابطه وکالت یا مباشرت یا کفالت بین یکی از طرفین و داور از هر طرف که باشد موجب محرومیت نسبی از انتخاب شدن شخص به داوری است(همان). البته وکالت، مباشرت و قیمومت که در این ماده از آن سخن گفته شده، ناظر به وکالت، مباشرت و قیمومت جاری است، نه وکالت، مباشرت و قیمومت ناظر به زمان سابق.

۱۰. در بند ۸ این ماده کارمندان دولت در حوزه ماموریت خود از انتخاب شدن به عنوان داور محروم شده اند. با توجه به ماده ۴۵ قانون مدیریت خدمات کشوری (مصوب ۱۳۸۶/۷/۸)[۳] منظور از کارمند، صرفا کارمندان رسمی و پیمانی است و کارکنان روزمزد یا شرکتی، کارمند نامیده نمی‌شوند و مشمول این ممنوعیت نیستند. همچنین پیمانکاری که به حسب قرارداد موقت وظیفه‌ای را در اداره دولتی می‌پذیرد کارمند دولت نبوده و مشمول محرومیت مذکور در این ماده نخواهد بود.

۱۱. منظور از «حوزه ماموریت» در بند ۸ چیست؟ برخی از نویسندگان، «حوزه ماموریت» را مفهومی جغرافیایی دانسته و بنابراین بیان داشته‌اند: «البته محرومیت کارمندان دولت از داوری، محدود به حوزه محل اشتغال آنان است نه در سطح کشور؛ مگر این که کارمندان دولت دارای‌شان کشوری باشند. مثلا وزیر یا نماینده مجلس باشد که در این صورت در هیچ یک از نقاط کشور مجاز به داوری نخواهد بود، مگر با تراضی طرفین»(مهاجری، ۱۳۸۹، ص ۲۴۱). شاید این تلقی برای این دست از نویسندگان به این دلیل ایجاد شده است که عبارت «حوزه ماموریت» را با «حوزه قضایی» قیاس کرده‌اند. اما به نظر می‌رسد که منظور از حوزه ماموریت، حیطه‌ی ماموریت کارمندان از حیث موضوعی است. برای مثال اگر شخصی کارمند وزارت نیرو است، نمی‌تواند در دعاوی راجع به وزارتخانه متبوع خود به عنوان داور از سوی دادگاه منصوب گردد، مگر در صورت توافق و تراضی طرفین بر این امر. برای مثال قانون منع مداخله‌ی وزرا و نمایندگان مجلسین و کارمندان در معاملات دولتی و کشوری اعلام می‌دارد: «از تاریخ تصویب این قانون اشخاص زیر:

۱) نخست وزیر- وزیران- معاونین و نمایندگان مجلسین؛
۲) سفرا- استانداران- فرمانداران کل- شهرداران و نمایندگان انجمن شهر؛
۳) کارمندان و صاحب منصبان کشوری و لشگری و شهرداری‌ها و دستگاه‌های وابسته به آنها؛
۴) کارکنان هر سازمان یا بنگاه یا شرکت یا بانک یا هر موسسه‌ی دیگر که اکثریت سهام یا اکثریت منافع یا مدیریت یا اداره کردن یا نظارت آن متعلق به دولت و یا شهرداریها و یا دستگاه‌های وابسته به آنها باشد؛
۵) اشخاصی که به نحوی از انحا از خزانهی دولت یا مجلسین یا موسسات مذکور در بالا حقوق یا مقرری یا حق الزحمه یا پاداش و یا امثال آن به طور مستمر (به استثنای حقوق بازنشستگی و وظیفه و مستمری قانونی) دریافت می‌دارند؛
۶) مدیران و کارکنان بنگاه‌های خیریه ای که از دولت یا از شهرداری‌ها کمک مستمر دریافت می‌دارند؛
۷) شرکت‌ها و موسساتی که پنج درصد یا بیشتر سهام یا سرمایه یا منافع آنها متعلق به یک نفر از اشخاص مذکور در فوق یا بیست درصد یا بیشتر سهام یا سرمایه یا منافع آنها متعلق به چند نفر از اشخاص مذکور در فوق باشد و یا این که نظارت یا مدیریت و یا اداره و یا بازرسی موسسات مذکور با آنها باشد به استثنای شرکت‌ها و موسساتی که تعداد صاحبان سهام آنها یکصد و پنجاه نفر و یا بیشتر باشد مشروط بر این که هیچ یک از اشخاص مذکور در فوق بیش از پنج درصد از کل سهام آن را نداشته و نظارت یا مدیریت یا اداره و یا بازرسی آن به اشخاص مذکور در فوق نباشد؛ و
۸) شرکت‌هایی که اکثریت سهام یا سرمایه یا منافع آنها متعلق به شرکت‌های مندرج در بند ۷ باشد؛ نمی‌توانند (اعم از این که در مقابل خدمتی که انجام می‌دهند حقوق یا مالی دریافت دارند یا آن که خدمت را به طور افتخاری و رایگان انجام دهند) در معاملات یا داوری در دعاوی با دولت یا مجلسین با شهرداری‌ها یا دستگاه‌های وابسته به آنها و یا موسسات مذکور در بند ۴ و ۶ این ماده شرکت نمایند، اعم از این که دعاوی مزبور در مراجع قانونی مطرح شده یا نشده باشد (به استثنای معاملاتی که قبل از تصویب این قانون قرارداد آن منعقد شده باشد)».

در ادامه مواد ۲ تا ۴ این قانون به ترتیب مقرر می‌دارند: «ماده ۲- اشخاصی که بر خلاف مقررات ماده فوق شخصا و یا به نام و یا واسطه‌ی اشخاص دیگر مبادرت به انجام معامله نمایند و یا به عنوان داوری در دعاوی فوق الاشعار شرکت کنند و همچنین هر یک از مستخدمین

[۳]- ماده ۴۵ قانون مدیریت خدمات کشوری: «از تاریخ تصویب این قانون، استخدام در دستگاه‌های اجرایی به دو روش ذیل انجام می‌پذیرد: الف- استخدام رسمی برای تصدی پست های ثابت در مشاغل حاکمیتی؛ ب- استخدام پیمانی برای تصدی پست های سازمانی و برای مدت معین».

دولتی (اعم از کشوری و لشگری) و سایر اشخاص مذکور در ماده فوق در هر رتبه و درجه و مقامی که باشند هر گاه برخلاف مقررات این قانون عمل نمایند به حبس مجرد از دو تا چهار سال محکوم خواهند شد و همین مجازات برای مسئولین شرکت‌ها و موسسات مذکور در بند ۷ و ۸ ماده اول که با علم و اطلاع بستگی و ارتباط خود و یا شرکا را در موقع تنظیم قرارداد و انجام معامله اظهار ننمایند نیز مقرر است و معاملات مزبور باطل بوده و متخلف شخصا و در صورت تعدد متضامنا مسئول پرداخت خسارات ناشی از آن معامله یا داوری و ابطال آن می‌باشند.

تبصره- کارمندان مشمول ماده اول که بر اثر اجرای این قانون مایل به ادامه خدمت دولتی نباشند بازنشسته محسوب و در صورتی که مشمول مقررات بازنشستگی نباشند کسور بازنشستگی پرداختی دفعتا واحده به آنان پرداخت می‌شود.

ماده ۳- از تاریخ تصویب این قانون هیچیک از نمایندگان مجلسین در دوره نمایندگی حق قبول وکالت در محاکم و مراجع دادگستری ندارند ولی دعاوی و وکالت‌هایی که قبل از تصویب این قانون قبول کرده اند به قوت خود باقی است.

ماده ۴- دولت مامور اجرای این قانون می‌باشد».

۱۲. به دلالت بندهای ۶ و ۷ ماده ۴۶۹، وجود دعوای مدنی یا شکایت کیفری بین شخص و یکی از اصحاب دعوا، موجب منع دادگاه از انتخاب شخص مزبور به عنوان داور است مگر این که طرفین به این انتخاب تراضی کرده باشند. در مقایسه این دو بند تفاوت‌هایی به شرح زیر ملاحظه می‌شود:

- در دعوای کیفری فقط شخصی که در نظر دارد به عنوان داور برگزیده شود، نباید با یکی از طرفین اختلاف، طرف دعوا باشد؛ در حالی که در دعوای مدنی علاوه بر او، همسر یا یکی از اقربای سببی یا نسبی تا درجه‌ی دوم از طبقه‌ی سوم او نیز نباید با یکی از طرفین اختلاف، طرف دعوا باشد.
- دعوای کیفری حتی در فرضی که در گذشته مطرح بوده است، مانع از انتخاب شخص به عنوان داور است؛ در حالی که دعوای مدنی که خاتمه یافته است مانع از انتخاب نیست. بنابراین فقط دعاوی مدنی در دست رسیدگی مانع از انتخاب شخص به عنوان داور هستند.

۲-۱- استقلال و بی طرفی داور در قانون داوری تجاری بین المللی

گرچه در قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، هیچ ماده‌ای صراحتا شروط استقلال و بی طرفی داور را مقرر نداشته، اما در بند ۴ از ماده ۱۱ قانون داوری تجاری بین المللی در این خصوص آمده است: «مقام ناصب باید کلیه‌ی شرایطی را که طرفین در موافقت نامه برای تعیین داور مقرر داشته اند رعایت نموده و استقلال و بی طرفی داور را ملحوظ نماید. ..». با توجه به عبارت مقام ناصب و جایگاه قرارگیری بند ۴ ماده ۱۱ این بند، شاید تصور شود لزوم رعایت استقلال و بی طرفی داوران فقط ناظر به حالتی است که مقام ناصب مذکور در ماده ۶ اعم از دادگاه یا سازمان داوری اقدام به نصب داور می‌نمایند و بنابراین در صورت نصب داور توسط طرفین، ایشان ملزم به نصب داورانی که واجد اوصاف استقلال و بی طرفی باشند، نیستند. اما این تفسیر که مبتنی بر یک تفکیک و تمایز غیر منطقی بین حالات مختلف نصب داور است را باید کنار گذاشت. با توجه به آنکه داور عهده‌دار امری شبه قضاوتی است هیچ دلیل و توجیهی وجود ندارد که داور منصوب از جانب دادگاه یا سازمان داوری مستقل و بی طرف باشد اما داور منصوب از جانب طرفین از شروط استقلال و بی طرفی معاف باشد

ماده ۱۲ ق.د.ت.ب. هر تردیدی را در این زمینه از ذهن می‌زداید. بند ۱ این ماده بیان می‌دارد: «داور در صورتی قابل جرح است که اوضاع و احوال موجود باعث تردیدهای موجهی در خصوص بی طرفی و استقلال او شود، و یا این که واجد اوصافی که مورد توافق و نظر طرفین بوده است، نباشد. هر طرف صرفا به استناد عللی که پس از تعیین داور از آنها مطلع شده، می‌تواند داوری را که خود تعیین کرده و یا در جریان تعیین او مشارکت داشته است، جرح کند». این ماده هر اوضاع و احوالی را که موجب تردید موجه در خصوص بی طرفی و استقلال داور باشد را از موجبات جرح داور دانسته است. با توجه به اطلاق این بند، جرح داور به دلیل ظن خروج از استقلال و بی طرفی در تمام موارد امکان پذیر است، چه داور توسط طرفین منصوب شده باشد و چه توسط مقام ناصب داور (دادگاه یا سازمان داوری). در بند ۲ این ماده نیز بیان شده است: «شخصی که به عنوان داور مورد پیشنهاد قرار می‌گیرد، باید هر گونه اوضاع و احوالی را که موجب تردید موجه در مورد بی طرفی و استقلال او می‌شود، افشا نماید. داور باید از موقع انتصاب به عنوان داور و در طول جریان داوری نیز بروز چنین اوضاع و احوالی را بدون تاخیر به طرفین اطلاع دهد، مگر این که قبلا آنان را از اوضاع و احوال مذکور مطلع نموده باشد». در این ماده قانون گذار تکلیف افشای اوضاع و احوالی که موجب تردید موجه در استقلال و بی طرفی داوران می‌شود را بر ایشان مقرر کرده است. البته ضمانت اجرای عدم افشا مقرر نشده است که به نظر می‌رسد ضمانت اجرای آن با توجه به عمومات ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی الزام به جبران خسارت باشد.

قانون گذار در قانون داوری تجاری بین المللی، برخلاف قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، به ذکر لزوم استقلال و بی طرفی داوران بسنده کرده و وارد مصادیق آن نشده است. البته موانعی که برای انتخاب داوران در ماده ۴۶۹ ق.آ.د.م. در خصوص داوری‌های داخلی بیان شده است می‌تواند به عنوان مصادیقی از استقلال و بی طرفی داوران در داوری‌های تجاری بین المللی نیز مورد توجه قرار گیرند. این موارد عبارت‌اند از: شخص در موضوع اختلاف ذینفع باشد؛ بین شخص و یکی از اصحاب دعوا قرابت سببی یا نسبی وجود داشته باشد؛ شخص قیم، کفیل، وکیل یا مباشر امور یکی از اصحاب دعوا باشد یا یکی از اصحاب دعوا مباشر امور آن شخص باشد؛ خود و یا همسر شخص ورثه‌ی یکی از اصحاب دعوا باشد؛ بین شخص و یکی از طرفین اختلاف یا بین اقربای شخص، دعوای کیفری وجود داشته یا در جریان باشد. البته امتیاز قانون داوری تجاری بین المللی آن است که محدود به همین مصادیق نیست و برای سنجش وصف استقلال و بی طرفی داور می‌توان عوامل متعددی را دخیل نمود.

ذکر این نکته نیز لازم است که قانون گذار، در قانون داوری تجاری بین المللی در خصوص وصف استقلال و بی طرفی، استقلال و بی طرفی داور اختصاصی نسبت به همان طرف مختص به را لازم ندانسته است. به عبارت دیگر تنها عدم جانب داری و عدم تردید در جانب داری

هر یک از داوران اختصاصی از طرف مقابل را لازم دانسته است. همچنین این قانون عدم جانب داری و عدم تردید در جانب داری داور مرضی الطرفین از طرفین را لازم دانسته است اما عدم جانب داری و عدم تردید جانب داری داور اختصاصی از همان طرف را لازم ندانسته است. این نظر از عبارات بند ۱ ماده ۱۲ ق.د.ت.ب. قابل برداشت است. در قانون نمونه آنسیترال که قانون داوری تجاری بین المللی ایران از آن ملهم شده است، نیز این مقرره به چشم می‌خورد. در بند دوم از ماده ۱۲ قانون نمونه آنسیترال، در خصوص جرح داور بیان شده است:

“A party may challenge an arbitrator appointed by him, or in whose appointment he has participated”

ترجمه این عبارت، همان است که در خصوص داوران قابل جرح در بند ۱ ماده ۱۲ ق.د.ت.ب. آمده است. بنابراین قانون گذار، در خصوص استقلال و بی طرفی داور در قانون داوری تجاری بین المللی، استقلال و بی طرفی داور اختصاصی را نسبت به شخص ناصب لازم ندانسته است. در قانون نمونه آنسیترال نیز وضع به همین منوال است.

۲-استقلال و بی طرفی داور اختصاصی در کشورهای تابع نظام حقوقی کامن لا

دو سیستم حقوقی ایالات متحده آمریکا و انگلستان، مهمترین کشورهای عضو این خانواده هستند که استقلال و بی طرفی داور اختصاصی پس از گذار از یک سری تحولات در نهایت به یک ثبات نسبی رسیده که در این گفتار مورد مطالعه و بررسی قرار گرفته است.

۲-۱-استقلال و بی طرفی داور اختصاصی در سیستم حقوقی ایالات متحده آمریکا

در سیستم حقوقی ایالات متحده امریکا در خصوص میزان بیطرفی و نقش دقیقی که داوران منتخب هر یک از طرفین باید ایفا نمایند بین دادگاه ها اختلاف نظر وجود دارد. برخی دادگاه ها اظهارنظر کردند که همه داوران اعم از سرداور و داور اختصاصی بایستی به معیارهای عالی امانت، عدالت و بی طرفی پایدار باشند ولی برخی از دادگاه ها از سختی های این معیار کم کردند و اظهارنظر نمودند که داور منتخب یک طرف می تواند روابط یک طرفه با طرفین، وکیل یا شهود در ماهیت موضوع دعوا داشته باشد(لیبرمن، ۲۰۰۴، ص۲۳۳).

نخستین رأیی که در این خصوص صادر شده است، رأی دادگاه نیویورک در دعوای شرکت بیمه آتش سوزی آمریکن علیه شرکت بیمه نیوجرسی صادره در سال ۱۹۵۶ است که در آن دعوا دادگاه یک نظر مطلق از تکلیف استقلال داور مطرح نمود که به موجب آن داور منتخب یک طرف باید از همان درجه استقلال برخوردار باشد که سرداور باید ملتزم به آن باشد(دیوید، ۱۹۸۲، ۳۵۰).

مطابق این رأی از آنجا که فرض بر این است که هر داور بر مبنای قدرت شبه قضاییش انجام وظیفه می کند، باید از خود در برابر اصحاب دعوا بی طرفی بروز دهد و همچنین یک رأی عادلانه، صادقانه و بی طرفانه صادر نماید. مطابق همان رأی داور وکیلی نیست که موظف شده باشد داور عالی یا داور سوم را مجاب نماید. او بایستی از وقتی که وارد جریان رسیدگی می شود از ایفای نقش به عنوان نماینده طرفی که او را منصوب نموده است و همچنین از هر گونه جانبداری امتناع کند و دعوا را با یک ذهن آزاد و با ایمان کامل مد نظر قرار دهد(دیوید، ۱۹۸۲، ۳۵۰).

برخلاف دیدگاه فوق، ایده داور وکیل در سال ۱۹۶۰ در رأی دیگری مطرح شد. به موجب این رأی: «هیچ دلیلی وجود ندارد که چرا طرفین نمی توانند به طور متقابل توافق کنند که یک داور به عنوان سرداور به موضوع دعوا رسیدگی کند و دیگر داوران به عنوان وکلا و نمایندگان طرفین دعوا انجام وظیفه نمایند.» بر این مبنا دادگاه پژوهش ایالت نیویورک نهاد «داور حامی» را در رأی صادره در سال ۱۹۶۲ در دعوای گروه پزشکی آستوریال علیه برنامه بیمه سلامت نیویورک بزرگ شناسایی کرد که در آن نشان داده شده است که در

مقایسه با رأی صادره قبلی از همان دادگاه (در سال ۱۹۵۶) تغییر جهت صورت گرفته است. در این پرونده، دعوا جهت رسیدگی، به یک دیوان داوری سه نفره ارجاع شده است که هر یک از طرفین مبادرت به انتخاب یک داور و داور سوم توسط داوران منتخب طرفین انتخاب شده بود که بیمه گر یک عضو هیأت مدیره اش که همچنین مشاور این بیمه گر بود را به عنوان داور معرفی کرد. طرف مقابل به استناد فقدان شرایط، نسبت به انتصاب این داور در دادگاه اعتراض نمود. دادگاه این گونه اظهارنظر کرد:

«عرف و تجربه لازم می دارد که در داوری سه نفره مندرج در قرارداد، توقعی نیست که داور منتخب هر طرف خنثی باشد. از نظر رویه جاری، بایستی فرض بر این باشد که هر یک از طرفین، هر داوری را که تمایل دارد نصب نماید هر چند داور مزبور رابطه نزدیکی با طرف نصب کننده یا موضوع دعوا داشته باشد. علاوه بر این، این نتیجه با این واقعیت تقویت شده است که مقررات راجع به داوری، محدودیتی نسبت به هویت، وضعیت یا اوصاف داوران در بر ندارد؛ (اگر) طرفین اینگونه قصد کرده باشند که منتخبین شان کاملا بی طرف یا بی نفع باشند آنها به راحتی می توانند این موارد را در قرارداد شرط کنند.» این دادگاه در نهایت اینگونه نتیجه گیری کرد: «اگر طرفین خواسته باشند که دعاویشان به وسیله یک هیأتی شامل دو داور حامی و یک داور ثالث خنثی مورد رسیدگی قرار بگیرد به خودشان مربوط است. ما نمی توانیمقراردادشان را بازنویسی کنیم»(هنری، ۲۰۰۱، ۳۲۶).

البته عدم التزام داور حامی هر یک از طرفین به این معنا نیست که داور مزبور با خیرهسری، واقعیتها را نادیده انگارد و نتیجه دعوا را به هر جهتی که خود تمایل دارد سوق دهد. دادگاه پژوهش ایالت نیویورک در همان دعوا در این خصوص اظهارنظر نمود: «این تصمیم ما که یک داور صرفا به واسطه روابطش با یکی از طرفین یا موضوع دعوا سلب صلاحیت نمیشود، بدین معنا نیست که او نسبت به شهادت کر باشد یا نسبت به دلیل ارایه شده کور باشد.»(هنری، ۲۰۰۱، ص۳۲۱). و به این ترتیب اصل معروفی را بنا گذاشت که به موجب آن «داور حامی می تواند حامی باشد، اما نمیتواند متقلب باشد.» زیرا اگر داور حامی به یک شیوه متقلبانه عمل نماید عملکردش می تواند مصداق سوء رفتار باشد که منجر به بطلان رأی داور می شود.

این اختلاف نظرها موجب شد کمیته مشترک کانون وکلای ایالات متحده آمریکا و موسسه داوری ایالات متحده آمریکا در سال ۱۹۷۷ مبادرت به تهیه قواعد اخلاقی در داوری تجاری بنمایند. این منشور اخلاقی که «نخستین اقدام جامع برای تدوین یک مجموعه از قواعد اخلاقی برای داوران تلقی می شود»(بورن، ۲۰۱۴، ۱۸۳۳)، مترصد معرفی مهمترین تعهدات اخلاقی داوران در برابر اجتماع و همچنین طرفین دعوا شده است. در مقدمه این منشور کلیه داوران از جمله داوران منتخب هر یک از طرفین خنثی فرض شده و در قواعد ۱ تا ۶ آن منشور، مبادرت به معرفی تعهدات اخلاقی ایشان نموده است. با این وجود از آنجا که قواعد مزبور «مبتنی بر تصمیمات محاکم نیویورک و رویه داوری در امریکا است» (دووریز، ۱۳۷۶، ۵۶).

با الهام از رویه حاکم در آن دوران و شیوع استفاده از داور وکیل، داوران منتخب طرفین را به دو دسته داور خنثی و داور غیر خنثی تقسیم نموده و معیارهای خفیف تری از استقلال و بی طرفی را بر داوران غیر خنثی قابل اعمال دانسته و در قاعده هفتم خود موارد معافیت داور غیرخنثی از تعهدات اخلاقی مقرر در قواعد ۶ گانه ۱ تا ۶ را مشخص نموده است که بر مبنای آن داوران غیرخنثی در مقایسه با داور خنثی عهده دار تکالیف سبکتری راجع به استقلال و بی طرفی هستند. امّا نکته قابل توجه در این منشور اخلاقی عبارت است از اینکه در مقدمه قاعده هفتم، تدوین کنندگان فرض را بر غیر خنثی بودن داوران منتخب هر یک از طرفین گذاشته و ایشان را ملتزم به رعایت تکالیف استقلال و بی طرفی ندانسته است مگر اینکه توافق طرفین، قواعد داوری قابل اعمال و یا هر قانون حاکم دیگری، کلیه داوران از جمله داوران منتخب طرفین را ملتزم به خنثی بودن نموده باشد. این دیدگاه با اقبال مواجه نشد. به نظر می رسد همین اقبال سرد موجب شده است اخیرا رویه قضایی داوری داخلی ایالات متحده آمریکا از اماره تاریخی که نیازی به خنثی بودن داوران منتخب نیست، صرفنظر نماید. در همین راستا نخستین گام ها برای اعمال شمول مطلق تکلیف استقلال و بی طرفی بر کلیه داوران از جمله داوران منتخب طرفین، توسط تدوین کنندگان قواعد اخلاقی پیش گفته، برداشته شد. بر این مبنا ضرورت به روز رسانی قواعد اخلاقی ۱۹۷۷ و انطباق با رویه بین المللی، زمینه را برای اعمال اصلاحات در سال ۲۰۰۴فراهم نمود. نسخه اصلاحی ۲۰۰۴قواعد اخلاقی، ضمن حفظ پایه و شکل قواعد اخلاقی ۱۹۷۷ در موارد زیر دستخوش تغییراتی شد:

- بر خلاف قواعد ۱۹۷۷ که فرض را بر جانبدار بودن داوران منتخب گذارده بود، در اصلاحات صورت گرفته در سال ۲۰۰۴ این فرضیه به طور کامل منقلب شد. به این ترتیب «فرض بر این است که همه داوران بی طرف هستند و توقع این است که معیارهای قابل اعمال بر داور سوم را رعایت نمایند.» امّا بر مبنای اصل آزادی قراردادها، این فرضیه مانع طرفین از درج شرط مخالف نشده و در ادامه اشاره شده است که: «با وجود چنین فرضیه ای، انواع مشخصی از داوری های سه نفره وجود دارد که طرفین دعوا در نظر دارند داوری که هر طرف تعیین نموده است نسبت به طرفی که او را انتخاب نموده است جانبداری نماید. چنین داورانی ملتزم به رعایت معیارهای خنثی بودن و استقلال قابل اعمال بر دیگر داوران نیستند.»

- این قواعد بر داور منتخب هر یک از طرفین تکلیف نموده است که «در آغاز هر پروسه داوری به طور دقیق و مشخص به طرفین دعوا اعلام نماید که قصد دارد به عنوان یک داور خنثی یا غیر خنثی عمل نماید. در فرض حصول شک و یا عدم تعیین دقیق از سوی داور، داور اختصاصی طرف موظف است تا زمان تعیین دقیق و یا رفع شک به عنوان یک داور خنثی عمل کند.»

به این ترتیب به نظر می رسد مهمترین تغییر قواعد اخلاقی AAA/ABA 2004 نسبت به قواعد داوری ۱۹۷۷ راجع به استقلال و بی طرفی داور منتخب است که همان قواعد قابل اعمال بر سرداور بر داور منتخب هر یک از طرفین نیز قابلیت اعمال دارد. قانون داوری فدرال آمریکا که در خصوص جرح داوران مقرره خاصی پیش بینی ننموده است، بی اعتنا به قواعد اخلاقی و قواعد داوری موسسات داوری، در ماده ۱۰ آن قانون، اصلاحی ۱۵ نوامبر ۱۹۹۰، با بکار گرفتن عبارتی عام و مطلق کلیه داوران را ملتزم به رعایت استقلال و بی طرفی می داند. به موجب این ماده: «در هر یک از موارد زیر دادگاه بخش ایالات متحده آمریکا می تواند نسبت به رأی صادر شده به درخواست هر یک از طرفین داوری نسبت به بطلان رأی داور اقدام نماید ... (۱) در صورتی که حکم بر مبنای فساد، تدلیس یا سوء نیت صادر شود: (۲) در صورتی که جانبداری مسلّمی صورت گرفته باشد یا فساد در داوران یا هر یک از ایشان وجود داشته است».

اطلاق بند ۲ ماده ۱۰ قانون مزبور گویای اطلاق این تکلیف نسبت به کلیه داوران اعم از داور منتخب طرفین و سر داور است. بر همین مبنا یکی از بزرگترین نویسندگان و پژوهشگران حوزه حقوق داوری اظهار نظر نموده است؛ «در حال حاضر نزدیک به تمام سیستم های حقوقی جهان پذیرفته اند که همه داوران در یک داوری بین المللی - از جمله داور اختصاصی - ملتزم به رعایت تعهدات استقلال و بی طرفی هستند.»(بورن، ۲۰۱۴، ۱۸۰۸).

۲-۲-استقلال وبی طرفی داور اختصاصی در سیستم حقوقی انگلستان

در سیستم حقوقی انگلستان، پاراگراف A از بند ۱ ماده ۲۴ قانون داوری ۱۹۹۶،هیچ تفاوتی بین استقلال و بی طرفی داور منتخب یک طرف و سرداور قایل نشده است. اخیرا" نیز عالی ترین دادگاه انگلستان اظهارنظر کرده است که: «داور منتصب از جانب یک طرف در برابر آن طرف (که او را منصوب نموده است) مستقل باقی می ماند و آن داور را نبایستی بر اساس قانون کار به عنوان یک کارمند آن طرف دعوا تلقی نمود.»(کوهن، ۲۰۱۱، ۶۳۳). بند ۳ ماده ۵ قواعد مرکز داوری بین المللی لندن لازم الاجرا از اول اکتبر ۲۰۱۴ نیز استقلال و بی طرفی همه داوران را مورد تصریح قرار داده است. به موجب این بند: «همه داوران بایستی نسبت به طرفین در هر زمان مستقل و بی طرف باشند و باقی بمانند؛ و نبایستی در جریان داوری به عنوان نماینده یا وکیل هیچ یک از طرفین ایفای نقش نمایند. هیچ داوری نبایستی به هیچ یک از طرفین دعوا راجع به دعوا یا نتیجه دعوا مشاوره بدهد».

امّا به رغم چنین دیدگاهی، در حوزه تجارت دریایی و تجارت مواد اولیه رویه داوری حاکم است که بر مبنای آن «هر یک از طرفین دعوا داور ویژه خودش را منصوب می کند، دو داوری که اینگونه منصوب شده اند تشکیل دهنده دیوان داوری هستند. اگر دو داور مزبور برای صدور رأی به توافق برسند، بدون استعانت از سرداور مبادرت به صدور رأی خواهند کرد. در غیر این صورت، این دو داور مبادرت به نصب یک سرداور می نمایند و نقش را تغییر می دهند و وظیفه ای که به عنوان یک داور بی طرف بر عهده داشتند را رها کرده و از این پس به عنوان نماینده طرفی که او را منصوب نموده است ایفای نقش می کنند و هر یک از مواضع طرفی که او را منصوب نموده است دفاع می کنند.»(موستیل، ۱۹۹۱، ۳۹۴). به این ترتیب در چنین داوری، داور بر حسب اینکه با داور منتخب طرف مقابل به نتیجه مشترک و توافق برسد یا خیر دو نقش متفاوت ایفا می کند.

در وهله اول داوران منتخب هر طرف به عنوان یک داور مستقل و بی طرف صرف نظر از اینکه از جانب کدام طرف منصوب شده است ایفای نقش می کنند. این جایگاه مادامی که بین دو داور اختصاصی طرفین اختلافی بروز نکرده است حفظ شده و می تواند تا صدور رأی نیز ادامه پیدا کند. در این مقطع هر عضو دیوان داوری دو نفره در جایگاهی قرار می گیرد که اگر داوری یک نفره بود قرار می گرفت. به این ترتیب او بایستی عادلانه و بدون سوگیری رسیدگی کند، و دقت کند نشان دهد که او در وضعیتی است که اینگونه عمل می کند. امّا در صورت بروز اختلاف، داوران اختصاصی دیگر نه به عنوان یک داور مستقل و بی طرف، بلکه به عنوان وکیل طرفی که او را منصوب کرده است در دیوان داوری ایفای نقش میکند لذا توقع استقلال و بی طرفی از داور سابق که حالا به عنوان وکیل ایفای نقش می کند وجاهت ندارد.

این نوع داوری موجب صرفه جویی در وقت و هزینه می شود. طرفین نیازی به وکیل ندارند؛ یک طرف خارجی نیز به نماینده محلی نیاز ندارد. هر یک به سادگی مدارکش، دلایلش و استدلالاتش را برای داوری که خودش منصوب نموده است ارسال می کند و امیدوار است که داوران منتخب طرفین تصمیم مناسبی اتخاذ نمایند. اگر بین داوران اجماعی حاصل نشود، این شیوه داوری این مزیت را دارد که طرفین دعوا مجبور نیستند تمام پروسه داوری را مجددا نزد سرداور مطرح نمایند؛ چرا که طرفین دعوا دو شخصی را به عنوان داور به کار گرفته

اند که قبلا" اسناد و مدارک را در اختیار داشته اند، کسانی که موضوع دعوا را می دانند و بی درنگ در کمترین زمان ممکن و با حداقل هزینه نزد سرداور مطرح می نمایند.

۳-استقلال و بی طرفی داور اختصاصی در کشورهای تابع نظام حقوقی رومی ژرمنی

فرانسه و سوئیس مهمترین سیستم های حقوقی از نظام حقوقی رومی ژرمنی هستند. سیستم حقوقی ایران نیز در کنار آن دو در این گفتار مورد مطالعه قرار می گیرد.

۳-۱-استقلال و بی طرفی داور اختصاصی در سیستم حقوقی فرانسه

بررسی قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه راجع به داوری حکایت از این دارد که قانونگذار فرانسوی داور را به طور مطلق موضوع حکم قرار داده و هیچ گاه بین داور واحد و سرداور، در یک طرف و داور اختصاصی طرفین در طرف دیگر تفکیک قایل نشده است به موجب پاراگراف دوم ماده ۱۴۵۶قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه اصلاحی ۱۳ ژانویه ۲۰۱۱: «داور موظف است قبل از قبول مأموریتش هر گونه اوضاع و احوال اثر گذار بر استقلال و بی طرفیش را افشا نماید. همچنین او موظف است بدون تأخیر هر گونه اوضاع و احوال این چنینی که بعد از قبول مأموریتش ایجاد می شود را افشا نماید.»

به نظر می رسد رویه قضایی فرانسه در رعایت استقلال و بی طرفی داور، بدون تفکیک بین داور منتخب و سرداور از وضوح بیشتری برخوردار است. دیوان عالی کشور فرانسه در رأی صادره در پرونده اوری علیه گالری لَفَیِت صادره در ۱۳ آوریل ۱۹۷۲این گونه اظهارنظر نمود:

«استقلال ذهنی در اعمال قدرت قضایی ضروری است. و این یکی از اوصاف اساسی داوران است. ... وقتی یکی از طرفین مبادرت به تعیین داور می نماید این یک اقدام یک جانبه نیست، بلکه وی از جانب اراده مشترک هر دو طرف مبادرت به انتخاب داور می نماید. اراده مشترکی که اوصاف لازم برای داوران را مد نظر دارد.»

در رأی مزبور، دیوان، داوران را با یک بیان کلی مورد اشاره قرار داده است بدون اینکه هیچ تفاوتی بین داور منتخب و دیگر داوران قایل شده باشد. با این استدلال که انتخاب هر داور از سوی هر یک از طرفین، نه محصول اراده انحصاری یک طرف، بلکه حاصل اراده مشترک هر دو طرف دعواست، گو اینکه هر یک از طرفین به دیگری در انتخاب یک داور اعطای نیابت نموده است. دادگاه بدوی پاریس نیز در رأی ۲۸ مارس ۱۹۸۴ صادره در دعوای پالایشگاه نفت حُمس و بانیاس اصول مطرح شده به وسیله دیوانعالی فرانسه را اعمال نمود. بر مبنای این اصل دادگاه راجع به داور منتخب یکی از طرفین اینگونه اظهارنظر نمود که یک داور نمی تواند «وقتی که با یکی از طرفین دعوا تعارض منفعتی دارد، مبادرت به رسیدگی و صدور حکم نماید.» این اصل یک بار دیگر در رأی ۱۳ ژانویه ۱۹۸۶ صادره از دادگاه بدوی پاریس در دعوای SETEC c/ SICCA مورد تأیید قرار گرفت.

دیوان عالی فرانسه نیز بار دیگر در حکم شماره ۹۶۳ صادره در ۲۰ اکتبر ۲۰۱۰، داوری را که ۵۱ مرتبه از سوی یک گروه به عنوان داور منصوب شده بود فاقد صلاحیت اعلام نمود، با این استدلال که «ویژگی نظام مند انتصاب یک شخص معرفی شده به وسیله یک شرکت از یک گروه، کثرت و توالی حضورش در یک مدتی طولانی در دیگر قراردادها، مصداق یک رابطه کاری میان این شخص و شرکت های گروهی است که طرفین دعوا به آن تعلق دارند؛ همین امر داور را موظف می نماید که کل این اوضاع و احوال را نزد طرف دیگر افشا نماید تا در صورت تمایل حق جرحش را اعمال نماید.»

به این ترتیب باید پذیرفت اطلاق تکلیف استقلال داور که صراحتا در رأی ۱۳ آوریل ۱۹۷۲ دیوان عالی فرانسه مورد اشاره قرار گرفته است، تمام قدرتش را در رویه قضایی فرانسه حفظ نموده است. راجع به موضع مرکز داوری اتاق بازرگانی بین المللی نسبت به استقلال و بی طرفی داوران اختصاصی باید گفت، قواعد داوری این مرکز تا کنون شش مرتبه در سال های ۱۹۵۵، ۱۹۷۵، ۱۹۸۸، ۱۹۹۸ و ۲۰۱۲ و آخرین بار در سال ۲۰۱۷ مورد بازنگری و اصلاح قرار گرفته است. بررسی شش نسخه قواعد داوری این سازمان حکایت از این دارد که تا سال ۱۹۷۵ که عبارت استقلال برای اولین بار برای داور مشترک وارد قواعد داوری مرکز داوری اتاق تجارت بین الملل شد هیچ نشانی از استقلال و بی طرفی داور در این قواعد به چشم نمیخورد. قواعد داوری ۱۹۵۵ برای اولین بار در ماده(۴)۷ آیین جرح را مورد تصریح قرار داد ولی هیچ اشاره ای به تکالیف استقلال و بی طرفی داوران ننمود. به رغم چنین سکوتی در عمل رعایت این مهم مدنظر مرکز داوری بوده است. راجع به رویه عملی این مرکز اظهارنظر شده است «طرفین نمی توانند در انتخاب داوران هر طور که تمایل دارند عمل کنند. آنها همچنین نمی توانند کسی را انتخاب کنند که نمی توان از او توقع رسیدگی بی طرفانه داشت مانند فرضی که یک داور در استخدام یکی از طرفین دعوا باشد»(هنری، ۲۰۰۱، ۳۳۴).

در اصلاحات سال ۱۹۷۵ عبارت «استقلال» برای اولین بار وارد قواعد داوری شد. به موجب بند ۴ ماده ۲ آن قواعد «در مواردی که توافق شده است دعوا به داوری هیأت سه نفره داوران ارجاع شود، هر طرف بایستی به ترتیب در درخواست ارجاع اختلاف به داوری و طرف دیگر در پاسخ به آن درخواست یک داور جهت تأیید مرکز داوری تعیین نماید. چنین شخصی باید از طرفی که او را تعیین نموده است مستقل باشد. اگر یک طرف از تعیین داور امتناع نماید در این صورت دیوان مبادرت به نصب داور خواهد نمود.»

اصلاحات صورت گرفته در سال ۱۹۸۸ پس از تکرار بند ۴ ماده ۲ پیش گفته، با وضع مقرره ای در بند ۷ ماده ۲ موجب استحکام هر چه بیشتر این دیدگاه شد که داوران منتخب طرفین نیز ملتزم به رعایت تکلیف استقلال و بی طرفی می باشند. به موجب این بند: «هر داور منصوب شده یا تأیید شده به وسیله دادگاه بایستی مستقل از طرفین دعوا باشد و باقی بماند. قبل از نصب یا تأیید به وسیله مرکز داوری تجاری بین المللی، کاندیدای داوری بایستی به طور مکتوب خطاب به دبیر کل دیوان تمام واقعیات یا اوضاع و احوالی که از چنان ویژگی برخوردار است که استقلال داور را نزد طرفین زیر سؤال ببرد افشا کند. به محض دریافت چنین اطلاعی دبیر کل دیوان مراتب را به طور مکتوب به اطلاع طرفین دعوا می رساند تا ظرف مدت محدودی در این خصوص اظهارنظر نماید.

هر داور باید مستقیما و به طور مکتوب خطاب به دبیر کل دیوان داوری و طرفین هر گونه واقعیت یا اوضاع و احوالی با ماهیت مشابه که ممکن است در فاصله میان نصب یا تأیید به وسیله دیوان و اخطار حکم نهایی ایجاد شود را افشا نماید.» این قواعد بر کلیت تعهد تحمیل شده بر داوران، از جمله داوران منتخب طرفین اصرار دارد، با این تأکید اضافی که «در صورتی که داوری سه نفره پیش بینی شده است، هر یک از طرفین (...) یک داور مستقل برای تأیید دیوان داوری بین المللی تعیین میکند.» (بند ۴ ماده ۲ قواعد داوری).

در اصلاحات صورت گرفته در سال ۱۹۹۸ وصف «مستقل» در قواعد داوری ۱۹۹۸ (بند ۴ ماده ۹) حذف شده است. بدون شک تدوین کنندگان قواعد ۱۹۹۸ قایل بر این بوده اند که اصل تحمیل شده در بند ۱ ماده ۷ کفایت موضوع را می نماید. به موجب بند ۱ ماده مذکور «هر داوری بایستی نسبت به طرفین دعوا مستقل باشد و مستقل باقی بماند.» در آخرین اصلاحات صورت گرفته در سال ۲۰۱۷، ماده ۱۱ قواعد داوری سازمان مزبور که عینا تکرار مفاد ماده ۱۱ نسخه ۲۰۱۲ است، با استفاده از عبارت «هر داوری»، اعم از داور اختصاصی طرفین و سرداور، ایشان را ملتزم به رعایت استقلال و بی طرفی نموده است. به موجب ماده ۱۱ این قواعد:

«۱-هر داوری باید نسبت به طرفین دعوا بی طرف و مستقل باشد و باقی بماند. ۲-قبل از انتصاب یا تأیید، داور معرفی شده بیانیه ای مبنی بر قبول داوری، در دسترس بودن، بی طرفی و استقلال امضا می کند. داور معرفی شده واقعیت ها یا اوضاع و احوالی که از لحاظ ماهوی می تواند استقلالش را نسبت به طرفین زیر سؤال ببرد، به طور کتبی به دبیر اعلام می نماید. همچنین اوضاع و احوالی که می تواند تردیدهای متعارفی نسبت به بی طرفیش ایجاد کند. دبیر این موارد را به طور کتبی به طرفین دعوا ابلاغ می کند و برای ارایه نقطه نظرات احتمالیش مهلتی مشخص میکند. ۳- داور واقعیتها یا اوضاع و احوالی که از همان ماهیت اوضاع و احوال مقرر در پاراگراف ۲ برخوردار می باشد و در اثنای رسیدگی محقق می شود را به طور کتبی مستقیما به دبیر و طرفین دعوا اعلام می کند.»

۲-۳-استقلال و بی طرفی داور اختصاصی در سیستم حقوقی سوئیس

جهات جرح اشاره شده در ماده ۱ کنکوردای بین کانتونی سوئیس(در سال ۲۰۱۱ نسخ شده است)، به تمامی داوران از جمله داوران منتخب هر یک از طرفین مربوط می شود. مطابق نظر آقایان لالیو، پودره و ریموند داوران اختصاصی طرفین بایستی، همان استقلال و بی طرفی را از خود بروز دهند که یک داور ثالث از خود بروز می دهد یا قضات دادگاه فدرال بر اساس قانون سازمان قضایی، از خود بروز می دهند. نویسندگان فوق در مورد قانون راجع به حقوق بین الملل خصوصی نیز بر این باورند که ماده ۱۸۰ قانون مزبور «بر تمامی داوران اعمال می شود. تفاوتی نمی کند داوران اختصاصی، یا سرداوری باشند که از سوی طرفین دعوا، دیگر داوران، یک مؤسسه داوری یا قاضی پشتیبان انتخاب شده باشند(هنری، ۲۰۰۱، ۳۳۳).

دادگاه فدرال سوئیس نیز در رأی ۲۹ اکتبر ۲۰۱۰ موضعی جدی اتخاذ کرده که شایسته بازنویسی است. به موجب این رأی: «از این پس باید پذیرفت که استقلال و بی طرفی لازم برای داوران، به همان اندازه که برای سرداور لازم و ضروری است بر داور منتخب هر یک از طرفین نیز ضروری است. با بیان این اصل، دادگاه فدرال به طور قطع آگاه است که استقلال مطلق تمامی داوران ایده آل است که (البته) به ندرت با واقعیت مطابقت دارد. علاوه بر این، شیوه تعیین اعضای دیوان داوری ایجاب می کند، چه بخواهیم چه نخواهیم، پذیرای یک رابطه عینی هر چند ضعیف میان داور و طرفی که داور را تعیین کرده است باشیم. زیرا داور، بر خلاف قاضی دادگاه دولتی، قدرت و جایگاهش را فقط از اراده طرفی که او را منصوب نموده است می گیرد.

این یک نتیجه ذاتی داوری است که بایستی از آن نتیجه راضی بود. این نتیجه مقرر می دارد که یک داور نمی تواند تنها به این دلیل که او به وسیله یکی از طرفین دعوا منصوب شده است جرح شود. در مقابل باید سیستم معروف به داور اختصاصی که در آن داور منتخب هر

یک از طرفین به اندازه سرداور ملتزم به رعایت استقلال و بی طرفی نیست حذف گردد. این تصور که داور فقط بتواند وکیل طرفی باشد که او را نصب کرده است امری است که باید بر آن خط بطلان کشید تا مبادا نهاد داوری در معرض خطر قرار گیرد.

نتیجه گیری

یکی از اصول مهم داوری بین المللی اصل استقلال و اصل بی طرفی داوران است. در واقع می توان گفت لازمه رسیدگی عادلانه و منصفانه در داوری ها رعایت اصل مذکور است. داور مانند قاضی دادگاه دولتی بوده و جریان رسیدگی داوری نیز دارای ماهیت قضایی است و رأی صادره توسط داوران مانند رای قاضی محکمه دارای اعتبار مختوم می باشد.

بنابراین اگر داور را به عنوان وکیل و نماینده طرفین دعوا بدانیم برخلاف اصل مذکور می باشد لاجرم باید داوران را وکلاء طرفین ندانسته هر چند که توسط طرفین انتخاب می شوند. از طرف دیگر جهت ایجاد تمایل و گرایش و تشویق طرفین دعوا و ایجاد اطمینان خاطر در داوری های بین المللی باید اصل استقلال و بی طرفی وجود داشته و دارای ضمانت اجراء باشد. اصطلاح استقلال و بی طرفی دو واژه متفاوت می باشد. داور مستقل کسی است که هیچ گونه رابطه مالی و یا خویشاوندی با هیچ یک از طرفین دعوا نداشته باشد.

داور بی طرف کسی است که تمایلی نسبت به طرفین دعوا نداشته و یا تمایلی در ارتباط با موضوع دعوا نداشته باشد. بنابراین مفهوم بی طرفی نسبت به مفهوم استقلال تفاوت داشته و انتزاعی تر است. تقریبا در تمامی مقررات داوری بین المللی به هر دو اصطلاح استقلال و بی طرفی تاکید شده است. ماده ی ۹ قواعد داوری آنسیترال، ماده ی ۱۲ قانون نمونه داوری آنسیترال، ماده ۳۵ و ۵۲ کنوانسیون ۱۹۶۵ واشنگتن در مورد حل و فصل اختلافات مربوط به سرمایه گذاری بین دولت ها و ماده ی ۴ مقررات اصول اخلاقی کانون وکلای بین المللی اصول اخلاقی کانون وکلای بین المللی و ماده ی ۲۱۵و ۳ مقررات دادگاه داوری لندن دادگاه داوری بین المللی لندن و ماده ی ۷ قواعد داوری بین المللی آمریکا انجمن داوری بین المللی آمریکا به استقلال و بی طرفی داوران اشاره داشته اند اما مقررات داوری اتاق بازرگانی بین المللی اتاق بازرگانی بین المللی برخلاف مقررات فوق فقط از استقلال داوران سخن به میان آورده است.

در ماده ی ۱۲قانون داوری تجاری بین المللی ایران به هر دو اصطلاح تاکیدشده و به نظر می رسد که قانونگذار بین دو اصطلاح استقلال و بی طرفی تفاوت قایل شده است. ماده ی ۲۲مقررات داوری سازمان جهانی مالکیت فکری نیز تاکید می نماید که داوران باید مستقل و بی طرفی باشند. در قانون داوری تجاری بین المللی ایران و قواعد داوری سازمان جهانی مالکیت فکری مصادیقی از عدم استقلال و جانبداری بیان نشده بلکه فقط گفته شده که در صورت وجود اوضاع و احوالی که باعث تردیدهای موجه در خصوص بی طرفی و استقلال داوران گردد داوران مستقل و بی طرف محسوب نمی گردد.

علاوه بر این داوران مکلف هستند اوضاع و احوال مذکور را قبل از انتخاب افشاء نمایند همچنین بعد از انتخاب تا پایان مراحل دادرسی اطلاع دهند و این وظیفه مستمر می باشد، البته اگر تردید موجه بعد از صدور رأی آشکار شود مقررات مذکور ضمانت اجرایی قایل نشده اند با این اوصاف می توان گفت اجرای چنین آرایی برخلاف نظم عمومی محسوب می گردد و بر طبق ماده ی (۲) ۵ ب کنوانسیون نیویورک ۱۹۵۸باید از اجرای رأی صادره خودداری نمود و مطابق ماده (۲) ۳۲ قانون داوری تجاری بین المللی ایران چنین رایی باطل محسوب می گردد. مقررات داوری سازمان جهانی مالکیت فکری جهت اجرای اصل مذکور هم قبل از انتخاب داوران و هم بعد از انتخاب داوران ، طرفین دعوا را از ارتباط یک جانبه منع نموده است.

منابع

۱) مدنی، سیدجلال الدین(۱۳۶۸)، آئین دادرسی مدنی، ج ۲، ناشر گنج دانش.
۲) مهاجری، علی(۱۳۸۹)، مبسوط در آئین دادرسی مدنی، انتشارات فکرسازان، چاپ دوم.
۳) آشوری، محمد (۱۳۹۳)، حقوق بشر و مفاهیم مساوات، انصاف و عدالت، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، چاپ اول.
۴) بهرامی، بهرام(۱۳۸۴)، آئین دادرسی مدنی کاربردی، موسسه فرهنگی انتشاراتی نگاه بنیه.
۵) جعفری لنگرودی، محمد جعفر(۱۳۸۱)، ترمینولوژی حقوق، تهران:انتشارات گنج دانش
۶) جنیدی، لعیا(۱۳۹۰)، نقد و بررسی تطبیقی قانون داوری تجاری بین المللی، تهران: انتشارات دانشکده حقوق و علوم سیاسی، چاپ اول.

1. Alam, Nasser,(2004). Independence and Impartiality in International Arbitration, International chamber of commerce Bangladesh, vol. I, 2004
2. Baker, S.A & Davis. D,(1989). Estabishment of an Arbitral Tribunal under Rules, the Experience of Iran. Us Claims Tribunal, International Lawyers, vol.23, No.1.
3. Benstein, Ronald &Tackaberry, Tohn , Marriott, Arthur L,(1998). Handbook of Arbitration Practice, London, Sweet & Maxwell.
4. Bond, Stephen(1984), the Selection of ICC Arbitrators and the Requirments of Independence.
5. Born, G B. (2014) International Commercial Arbitration, The Netherlands. Kluwer Law International. Volume II.
6. Calvo, A, M,(1998) the Challenge of the ICC Arbitration, Theory and Practice, Journal of International Arbitration, No.63.
7. Clay, T. (2000) L’arbitre. Paris: Dalloz.
8. Cohen, D. (2011).Indépendance des Arbitres et Conflit d’Intérêts. Revue de l’arbitrage. N°3.
9. David, R. (1982) l’Arbitrage dans le Commerce International, Economica.
10. Fina, A.A De, (1999). the Party Appointed Arbitrator in International Arbitrations –Role and Selection , LCIA, vol.15, No4.
11. Fouchard, PH., Gaillard, E & Goldman, B. (5881) Traité de L’arbitrage commercial international. Paris, Litec.
12. Henry, M. (2001) Le Devoir d’Indépendance de l’Arbitre. Paris, L. G. D. J.
13. Lalive, P, on the Neutrality of Arbitrator and place of Arbitration, Swiss, 1969
14. Lieberman, S. H. (2004) Something’s Rotten in the State of Party-Appointed Arbitration. Healing Adr’s Black Eye Thatis “ Nonneutral Neutrals ”, p 221. Poudret, J F et Besson, S. (2002) Droit Comparé de l’Arbitrage International, Paris, LGDJ.
15. Mustill, L. (1991).Vers une nouvell loi anglais sur l’arbitrage. Revue de l’arbitrage. N°4.
16. Park Paulsson, Craig,(1990). International chamber of Commerce Arbitration, Paris, Oceana & ICC,.
17. Redish ,Martin B &Lawrence C (2001),varshal, Adjudicatory Independence and the values of procedural due process (YALE.L.J.455).
18. Stone, S. A. and Won, J. C(2012). Arbitrator Impartiality In the Context of a Tripartite Tribunal. Available at: http://www.americanbar.org
19. Vencent Guinchard(2003), Procedure civile , Paris , Dallo