



موارد جرح و ردّ داور در حقوق داخلی و بین الملل

امیر گلی *

وکیل دکتر روح الله آخوندی **



چکیده

ایراد به صلاحیت و شایستگی داور، حق و ضمانتی به نفع طرفین داوری برای اطمینان از شایستگی داور می باشد. این حق که معمولاً در قواعد و قوانین داوری ملی و بین المللی از آن با عنوان جرح داور یاد شده است، در تأمین روند صحیح داوری رکنی اساسی و لازم است. وانگهی در تمامی قواعد و مقررات داوری نیز اصل آزادی اراده در جرح داوران پذیرفته شده است. لذا طرفین می توانند تاجایی که با قواعد امری کشور محل داوری تعارض نداشته باشد نسبت به جرح و تشریفات آن توافق نمایند. در صورت فقدان چنین توافقی، قواعد مربوط به جرح در قانون کشور محل داوری در داوری موردی و قواعد جرح سازمان داوری در داوری سازمانی اجرا می گردد.

در قوانین ملی کشورها و قواعد کنوانسیون ها و سازمان های دائمی داوری، اصولاً نسبت به جرح داور و موارد آن، آیین و تشریفات آن، آثار و نتایج جرح صراحتاً ضوابطی پیش بینی شده است. از جمله اصولی که در اکثر قوانین ملی و قواعد داوری بین المللی بر جرح حاکم است و می توان مطابق آن ها داور را جرح نمود، اهلیت، تابعیت، سوء رفتار، توانمندی، استقلال، بی طرفی و شروط مورد توافق می باشد. با بررسی تطبیقی در خصوص این موارد به نظر می رسد که در هیچ یک از قوانین ملی و قواعد داوری بین المللی به طور یک جا به همه آن ها اشاره نشده است.

واژگان کلیدی

داوری، جرح و ردّ، سلب شایستگی، استقلال و بی طرفی، آزادی اراده.

* کارشناس ارشد حقوق خصوصی از دانشگاه آزاد اسلامی واحد مشهد.

** استادیار گروه حقوق دانشگاه پیام نور، تهران، ایران.



مقدمه

در داوری، طرفین دعوی باید کسانی را به عنوان داور منصوب نمایند که از شایستگی و صلاحیت وی در انجام امر داوری اطمینان داشته باشند تا فرآیند داوری با مشکل رو به رو نشود. به عنوان مثال باید اطمینان داشته باشند که داوران در رسیدگی و صدور رأی کاملاً بی طرفانه عمل می‌کنند و مستقل از طرفین دعوا هستند. حال اگر شخصی که فاقد صلاحیت و شایستگی داوری است به این سمت منصوب گردد، طرفین باید نسبت به عزل او توافق کرده تا وی از این سمت برکنار گردد. در صورت عدم توافق نسبت به عزل داور، متقاضی می‌تواند از حق جرح داور استفاده نموده و با ارائه دلایل، تقاضای جرح داور را از مقام صالح بنماید. حق جرح، پشتوانه و تضمینی است که قانون‌گذار در جهت حمایت از فرآیند رسیدگی و جلوگیری از صدور رأی غیرمنصفانه وضع نموده است. طرفین زمانی می‌توانند از این حق به خوبی استفاده نمایند که در مهلت مقرر درخواست نموده و دلایل جرح را اعلام کنند. دلایل جرح باید به قدری قوی باشد که در ذهن مقام رسیدگی‌کننده به جرح، شک و تردید موجهی را ایجاد کند.

گفتار نخست: موارد جرح و ردّ داور در حقوق داخلی

برای پاسخ به این سؤال که در حقوق داخلی ایران مطابق چه علل و مواردی می‌توان داور را مورد جرح قرار داد، لاجرم باید عمده منابع قانونی موجود در این خصوص را بررسی کرد. براین اساس عمده مقرراتی که متکفل اداره امور مربوط به داوری می‌باشد را طی سه مبحث ذیل مورد بررسی قرار می‌دهیم.

مبحث نخست: قانون آیین دادرسی مدنی

وفق ماده ۴۷۱ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ «در مواردی که داور با قید قرعه تعیین می‌شود هر یک از طرفین می‌توانند پس از اعلام در جلسه، در صورت حضور و در صورت غیبت از تاریخ ابلاغ تا ده روز، داور تعیین شده را ردّ کنند، مگر این که موجبات ردّ بعداً حادث شود که در این صورت ابتدای مدت روزی است که علت ردّ حادث گردد. دادگاه پس از وصول اعتراض، رسیدگی می‌نماید و چنان چه اعتراض را وارد تشخیص دهد داور دیگری تعیین می‌کند». در این ماده صرفاً به بیان ردّ داور ظرف مهلت معین پرداخته شده است و در هیچ کدام از موادّ آتی نیز نسبت به این که براساس چه علل و اصولی می‌توان داور را جرح نمود اشاره‌ای نشده است (زراعت؛ ۱۳۸۵، ۱۳۰). البته قانون‌گذار در موادّ قبلی این ماده مانند ۴۶۶ و ۴۷۰، افرادی را به‌طور مطلق و در ماده ۴۶۹ اشخاصی را در صورت عدم توافق طرفین اختلاف، از داوری منع نموده است. بنابراین جرح داور در قانون آیین دادرسی مدنی ناظر به مواردی است که داور توسط دادگاه انتخاب شده باشد و در مورد داور تعیین شده توسط طرفین یا شخص ثالث، حکمی دیده نمی‌شود. به‌رغم این که در رویه دادگاه‌ها و دکترین حقوقی اختلاف شدیدی نسبت به این ماده وجود دارد و عدّه زیادی نظر بر رعایت نصّ صریح قانون دارند، اما می‌توان با وحدت ملاک از این ماده، داور تعیین شده توسط شخص ثالث را

نیز مشمول ایراد جرح قرار داد. هم چنین از عبارت «موجبات ردّ بعداً حادث گردد» می توان داور تعیین شده توسط طرفین را نیز مشمول جرح قرار داد. هر چند که معلوم نیست در این دو مورد، دادگاه صلاحیت رسیدگی به ادعای تغییر داور به دلیل وجود یکی از موارد جرح را داشته باشد (خدابخشی؛ ۱۳۹۱، ۱۴۰ به بعد).

به اعتقاد برخی جهات ردّ داور فقط منحصر به همان موارد مندرج در قانون است و دادگاه نمی تواند در غیر آن موارد، داور را ردّ نماید، چرا که موجب کاهش مداخله دادگاه در روند داوری می باشد. لیکن به نظر می رسد موارد ردّ داور در حقوق داخلی را نمی توان منحصر به همان موارد مندرج در قانون دانست، چرا که با در نظر گرفتن قانون داوری تجاری بین المللی، باید اذعان داشت که اصولی هم چون بی طرفی، استقلال و رفتار برابر، از ارکان لازم در جهت تأمین سلامت و صحت روند داوری می باشد، هر چند که این اصول در قانون آیین دادرسی مدنی قید نگردیده است. وانگهی قانون داوری تجاری بین المللی دارای خصیصه منحصر به فردی نیست تا ما اصول مذکور را فقط در این گونه داوری ها لازم الرعایه بدانیم. براین اساس با مدنظر قراردادن اراده ضمنی طرفین اختلاف و نیز ملاک قرار دادن مقررات حاکم بر داوری تجاری بین المللی به عنوان اراده اخیر قانون گذار در این خصوص و هم چنین اصول و روح حاکم بر داوری، می توان گفت موارد ردّ داور منحصر به موارد مذکور در مواد ۴۶۶ و ۴۶۹ و ۴۷۰ قانون آیین دادرسی مدنی نمی باشد، به ویژه آن که اصول حاکم بر داوری نیازمند به تصریح قانون گذار نیستند. وانگهی این بدیهی است که طرفین اختلاف هیچ گاه راضی نیستند اختلاف خود را نزد افرادی مطرح نمایند که فاقد اوصاف استقلال و بی طرفی است.

مبحث دوم: قانون داوری تجاری بین المللی

در قانون داوری تجاری بین المللی هیچ قید یا شرط اثباتی برای اشخاصی که به عنوان داور انتخاب یا تعیین می شوند، مشخص نشده است. با این حال در بند چهارم ماده ۱۱ قانون تصریح گردیده که اوصاف داور که در موافقت نامه داوری آمده، باید توسط مقام ناصب نیز رعایت شود. براین اساس بدیهی است که مبنای صلاحیت داوران، توافق نامه داوری است. این نکته به نوبه خود حاکمیت از تأکید مجدد قانون گذار بر اولویت توافق طرفین دارد. به هر حال، مقام ناصب باید استقلال و بی طرفی لازم داوران را در نظر گیرد. در خصوص این که وفق چه دلایلی می توان داور را جرح نمود باید بیان داشت ماده ۱۲ این قانون، فقدان بی طرفی، عدم استقلال و عدم رعایت مشخصات و اوصافی که داوران طبق قرارداد داوری باید داشته باشند، را از علل و موارد جرح داور دانسته است. در مقررات داوری قانون آیین دادرسی مدنی قاعده کلی استقلال و بی طرفی داور وجود ندارد، هر چند در مواردی که انتخاب داور توسط دادگاه صورت می گیرد، محدودیت هایی را در مورد انتخاب داوران بیان کرده است. این محدودیت ها نزدیک به همان شرط استقلال و بی طرفی قضات است و هدف آن جلوگیری از انتخاب اشخاصی است که فاقد وصف استقلال و بی طرفی باشند.



در هر صورت، این قانون تا آن جا که به داوری اختلافات تجاری بین‌المللی مربوط می‌شود موضوع را بیشتر روشن نموده است و بر مفهوم بی‌طرفی و استقلال داوران، بدون هیچ‌گونه تمایزی میان داوران منتخب طرفین یا داوران ثالث، تأکید کرده است.

علاوه بر این، یکی دیگر از دلایل جرح داوران در این قانون، فقدان شرایط مورد توافق طرفین در داور می‌باشد. این مقررّه در جایی که طرفین نسبت به قواعد داوری خاصی توافق نمایند نیز تسری می‌یابد. هرچند که در ماده ۱۲ این قانون صراحت ندارد، ولی با توجه به ماده ۷ قانون مذکور که بیان می‌دارد: «ارجاع به سندی در قرارداد کتبی که متضمن شرط داوری باشد نیز به منزله موافقت‌نامه مستقل داوری خواهد بود» می‌توان توافق طرفین نسبت به اجرای قواعد داوری خاصی بر موضوع مورد اختلاف را معتبر دانست. در نتیجه عدم رعایت شرایط ضروری مندرج در قواعد داوری برای داوران که به موجب قواعد داوری مورد توافق طرفین مقرر شده، نیز از جمله ادله جرح داور می‌باشد (سیفی؛ ۱۳۷۷، ۶۰).

هم‌چنین با دقت در کلمه «صرفاً» که در بند یک ماده ۱۲ قانون داوری تجاری بین‌المللی به کار برده شده است، مشخص می‌گردد که این قانون نسبت به دلایل جرح محدودیتی قائل نشده است و علاوه بر نقض بی‌طرفی و استقلال داور در موارد دیگری مانند اهلیت، شرایط و قابلیت‌های ویژه، تابعیت و سوء رفتار را از موارد ردّ داور دانست.

نکته قابل توجه این است که طرفین صرفاً با عللی که بعد از تعیین داور از آن مطلع شده‌اند می‌توانند داور را جرح نمایند. بدیهی است هر یک از طرفین اگر با علم به وجود موجبات جرح داور، مبادرت به تعیین داور کند حق ایراد و اعتراض به داور را نخواهد داشت، چراکه چنین تلقّی می‌گردد که وی با آگاهی و رضایت خواسته است به ضرر خود اقدام نماید.

بند دوم ماده ۱۲ قانون نیز اشاره به افشای هرگونه اوضاع و احوالی که موجب تردید موجه در مورد بی‌طرفی و استقلال داور توسط او می‌شود می‌نماید. لذا یکی از وظایف داور در حین قبولی داوری یا در زمان داوری، این است که داور به محض اطلاع از بروز عوامل مخل بی‌طرفی و استقلالش، مورد را باید به طرفین اختلاف اطلاع دهد تا طرفین اختلاف بتوانند به صلاحیت داور اعتراض نمایند. با توجه به اطلاق بند دوم ماده ۱۲ قانون داوری تجاری بین‌المللی، باید اذعان داشت علاوه بر سرداور، داوران منصوب از سوی طرفین اختلاف نیز باید مستقل و بی‌طرف باشند، چراکه آنان در وهله نخست و به دور از این که چه کسی آنان را منصوب نموده است می‌باید بی‌طرفانه و به دور از هرگونه شبه‌ای نظر خود را اعلام نمایند.

مبحث سوم: آیین نامه نحوه ارائه خدمات مرکز داوری اتاق ایران

ماده ۲۳ آیین‌نامه نحوه ارائه خدمات مرکز داوری اتاق ایران که در مورد حلّ اختلافات تجاری داخلی و بین‌المللی در مورخه ۱۳۸۶/۰۶/۲۷ وضع گشته است، به بیان موارد جرح و ردّ داور را پرداخته است. این آیین‌نامه به تلفیق موارد ردّ داور در دو قانون پیشین «آیین دادرسی مدنی و قانون داوری تجاری بین‌المللی» پرداخته است و مبنای جدیدی را ملاک عمل قرار نداده است.

زیرا در ابتدای ماده ۲۳، مبنای جرح داور فقدان استقلال، بی‌طرفی و اوصاف شرط شده توسط طرفین، ذکر شده است و هر یک از طرفین می‌توانند داورانی را که مشمول هر یک از موارد مندرج در بند «الف» ماده ۲۳ شود را جرح نمایند و فرقی نمی‌کند که آن داور را سازمان یا دادگاه یا طرف مقابل جرح، انتخاب نموده باشد، چراکه داوران انتخابی مشمول این بند، حتی با تراضی طرفین نمی‌توانند داوری نمایند. از طرف دیگر در بند «ب» ماده ۲۳ در داوری داخلی، مواردی را بیان می‌دارد که شخص فقط در صورت تراضی طرفین می‌تواند داوری نماید که دقیقاً همان موارد مندرج در ماده ۴۶۹ قانون آیین دادرسی مدنی می‌باشد. به‌طور کلی به جز شرط استقلال و بی‌طرفی مندرج در بند «الف» ماده ۳۲، آیین نامه مذکور هماهنگ با قانون آیین دادرسی مدنی بوده و در قانون آیین دادرسی مدنی هیچ اشاره‌ای به وجود شرط استقلال و بی‌طرفی در شخص داور نشده است.

گفتار دوم: بررسی تطبیقی اصول حاکم بر جرح و ردّ داور

برخلاف حقوق داخلی، در حقوق بین‌الملل اغلب از بیان مصادیق و موارد ردّ داور امتناع می‌شود و صرفاً به بیان چند اصل مانند «استقلال و بی‌طرفی» اکتفا می‌شود، چراکه در رویه حقوق بین‌الملل و قواعد سازمان‌های داوری بین‌المللی، تمامی مصادیق ردّ داور مانند ذی‌نفعی، رابطه نسبی و سببی و... در این دو اصل مکتوم می‌باشد. این امر از یک طرف امکان تبانی بین نهادهای داوری با طرفین را افزایش می‌دهد و از طرف دیگر امکان به دست آوردن معیار و رویه واحد نسبت به موارد جرح داور در عرصه بین‌الملل را با مشکل روبه‌رو خواهد کرد. در نتیجه طرفین برای طولانی نمودن فرآیند داوری و ردّ داور طرف مقابل به هر عاملی متمسک می‌گردند. وانگهی این امر سبب می‌شود داوری از هدف ذاتی خود که همان حل اختلاف بدون تشریفات است، دور گردد و به جای این که علل جرح به طور مضیق تفسیر شود و محدود به موارد خاصی گردد، باعث شود از هر عاملی به عنوان جرح داور استفاده شود.

قواعد داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی، «ICC»، (International Chamber of Commerce) در بند یک ماده ۱۱ نسبت به موارد جرح داوران بیان داشته است: «جرح داور اعم از این که مبتنی بر ادعای عدم استقلال او یا سایر علل باشد، باید طی لایحه ای کتبی [که حاوی شرح حقایق و اوضاع و احوال مبنای جرح [می‌باشد]، به دبیرخانه تسلیم شود. قواعد داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی موارد ردّ داور را منحصر به عدم استقلال و سایر علل دانسته است، ولی در هیچ کجای قانون بیان نشده است که سایر علل ردّ داور چه می‌باشد؟ بر اساس این مقرره، اتاق بازرگانی بین‌المللی نسبت به تعیین علل و موارد جرح و هم چنین ردّ و برکناری داور یک اختیار نامحدود داشته و می‌تواند بنا به هر دلیلی که مقتضی بداند، داور را برکنار نماید. بنابراین به‌رغم این که در این ماده ذکر از بی‌طرفی برای داور به میان نیامده است، لیکن دادگاه اتاق بازرگانی بین‌المللی این اختیار را دارد که به دلیل فقدان بی‌طرفی داور، داور را مورد جرح قرار دهد.



علاوه بر این در برخی پرونده‌های دادگاه اتاق بازرگانی بین‌المللی، مواردی هم چون سوء رفتار یا نقض وظیفه افشاء هرگونه ارتباط با طرفین مشاهده گردیده که باعث جرح و ردّ داور شده است (نیکبخت؛ ۱۳۶۹، ش ۴۶، ص ۵۴).

نکته با اهمیت دیگر این که در نظام داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی برخلاف نظام‌های داوری داخلی، باید «کلیه» داوران مستقل از طرفین داوری باشند. لذا برای اجرای این اصل دبیرخانه داوران را مکلف به تکمیل و امضاء دو نمونه فرم می‌نماید، یکی فرم مشخصات فردی و شرح حال داور (Resumé and Curriculum Vitea (C.V)) و دوم فرم «اعلام استقلال داور» (Statement of Independenc) که مطابق آن داور مکلف است هرگونه واقعیت یا اوضاع و احوالی را که ممکن است «به لحاظ کیفیتی که دارند» استقلال او را در نظر طرفین با تردید مواجه سازد، نزد دبیرخانه افشاء کند (بند دوم ماده هفت قواعد داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی).

براین اساس می‌توان گفت قواعد داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی در زمینه تکلیف داور به افشای اطلاعات مربوط به خود و ضابطه «تردید در استقلال داور در نظر اصحاب دعوی» نسبت به کلیه نظام‌های داوری از وسیع‌ترین معیار برخوردار است. توضیح آن که در بسیاری از نظام‌های داوری در جهت افشای اطلاعات مربوط به داور ضابطه ای موضوعی پیش‌بینی شده که داور را ملزم می‌کند صرفاً آن اوضاع و احوالی را افشاء نماید که منجر به شک و تردید «موجه» درخصوص استقلال یا بی طرفی داور می‌شود. ولی در قواعد داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی ضابطه شک و تردید یک ضابطه شخصی است و شخص نامزد داوری را مکلف به بکارگیری و افشای واقعیاتی می‌نماید که اگرچه ممکن است در نظر خودش به استقلال او ضرر وارد نمی‌کند ولی در نظر اصحاب دعوی منجر به تردید می‌شود (کربای؛ ۱۳۸۶، ش ۶، ص ۳۵).

در عهدنامه ایکسید در ماده ۵۷ فقدان ویژگی‌های مندرج در ماده «۱» ۱۴ را از موارد جرح داور دانسته است و در مواد «۱» ۱۴ و ۴۰ عهدنامه ایکسید برای داور شرایط و ویژگی‌هایی را مقرر می‌دارد از جمله آن که داور باید واجد صفات خوب بوده و در زمینه های حقوقی، تجاری، صنعتی یا مالی آگاه و خبیره باشد و به ویژه از لحاظ حقوقی صلاحیت کافی داشته باشد. آنسیترال علاوه بر قواعد داوری خود در قانون داوری نمونه «۱۹۸۵» نیز نسبت به جرح داور مقررات یکسان و مشابهی را وضع نموده است، با این تفاوت که برخلاف قواعد داوری آنسیترال، در قانون داوری نمونه اوصاف مورد توافق طرفین از موارد ردّ داور دانسته شده است.

بند دوم ماده ۱۲ قانون داوری نمونه آنسیترال موارد جرح داور را بدین گونه بیان داشته «داور صرفاً در صورتی می‌تواند جرح شود که اوضاع و احوال موجود باعث تردیدهای موجهی درخصوص بی طرفی و استقلال او گردد، یا واجد اوصافی که مورد توافق طرفین بوده، نباشد. هر طرف صرفاً به استناد عللی که پس از تعیین داور از آن‌ها مطلع گشته، می‌تواند داوری را

که خود تعیین کرده یا در جریان تعیین او مشارکت داشته، جرح کند». ماده ۱۰ قانون داوری آنستیرال نسبت به موارد جرح داور بیان می‌دارد که «۱- هر داور در صورت وجود شرایطی که به تردیدهایی موجه در خصوص بی‌طرفی یا استقلالش بیانجامد قابل جرح است. ۲- یک طرف می‌تواند داور منصوب خویش را تنها به دلایلی که پس از انتصاب او از آن آگاهی یافته است جرح کند» (فرکچ؛ ش ۳۶، صص ۱۹۹-۱۶۹).

در ایالات متحده آمریکا نیز به عنوان یکی از مهم‌ترین نظام‌های داوری در جهان، نه تنها در قانون فدرال و بلکه در اکثر قوانین ایالتی خود مقرراتی راجع به جرح داور بیان نموده است، چراکه دادگاه‌ها معمولاً تمایلی به برکناری داوران پیش از رسیدگی یا در خلال آن ندارند. ایشان گرچه اختیار ذاتی انجام این کار را دارند، ولی در عمل شرایط داوران زمانی مورد بحث قرار می‌گیرد که رأی داوران صادر شده و یکی از طرفین مستند به بی‌طرفی داور در صدد لغو رأی وی است. با این حال اگر اختلافی تحت قواعد نهادهایی نظیر انجمن داوری آمریکا رسیدگی شود، این قواعد اغلب آیین‌هایی را برای جرح داوران پیش یا در خلال رسیدگی داوری مقرر می‌دارند (هولتزمن؛ ۱۳۸۱، ش ۲۵، صص ۹۱-۴۵).

به عنوان مثال قواعد انجمن داوری بین‌المللی آمریکا در ماده هشت بیان می‌دارد که یک طرف «رسیدگی داوری» هنگامی که شرایطی وجود داشته باشد که تردیدهای موجهی در خصوص استقلال یا بی‌طرفی داور ایجاد نماید، می‌تواند نسبت به جرح وی اقدام کند. هم چنین مطابق بند سه ماده مذکور هنگامی که داوری از سوی طرف دیگر مورد اعتراض قرار گرفته است، طرف یا طرف‌های دیگر می‌توانند بر جرح توافق کنند و اگر چنین توافقی وجود داشته باشد، داور مزبور باید از دیوان کناره‌گیری کند. با توجه به قواعد سازمان‌های داوری فوق‌مشخص می‌گردد که در عرصه بین‌المللی، جرح و ردّ داوران بر روی چند اصل کلی استوار است، به گونه‌ای که فقدان هر یک از این اصول در داوران، می‌تواند منجر به جرح و ردّ داور مذکور توسط طرفین داوری گردد. این اصول عبارتند از اهلیت، تابعیت، سوء رفتار، توانمندی و شروط مورد توافق، استقلال و بی‌طرفی که در زیر به بیان هر یک از این اصول کلی می‌پردازیم.

مبحث نخست: اهلیت

در فقه اسلامی اعتقاد بر این است که قاضی تحکیم، «داور»، باید تمامی شرایط دادرس به جز شرط لزوم اذن از سوی امام یا فقیه «اعمّ از شرایط عمومی مانند عقل و بلوغ و شرایط اختصاصی مانند اسلام، عدالت و اجتهاد را داشته باشد» (شیخ طوسی؛ ۱۳۱۵، ج ۸، ص ۱۶۴، شهید ثانی، ج ۲، ص ۲۸۴ و صاحب جواهر، ۱۳۹۸ ه. ق، ج ۴۰، ص ۲۸). در شرط بودن بلوغ و عقل برای داور، نه تنها در اسلام که در هیچ نظام حقوقی نمی‌توان تردید کرد، ولی شروط اختصاصی را بایستی یک به یک بررسی نمود.

از شرایط ضروری هم در فقه شیعه و هم در اهل سنت برای قضاوت «اسلام» می‌باشد. با این وجود در حقوق ما نسبت به شرط اسلام برای داور تصریحی نشده است. بی‌تردید صرف نظر



از وجود پاره ای اختلافات درخصوص لزوم مسلمان بودن داور، لاقبل به لحاظ عملی در دعاوی بین‌المللی آن چه ظاهر است عدم امکان اصرار بر این شرط برای داور است. گرچه برخی فقها عدالت را به عنوان شرطی دیگر برای داور لازم می‌دانند (شیخ طوسی؛ ۱۳۱۵، ج ۸، ص ۱۰۱، شهید ثانی، ج ۲، ص ۲۸۳ و صاحب‌جواهر، ۱۳۹۸ ه. ق، ج ۴۰، ص ۱۳)، لیکن اجماع و اتفاقی درخصوص لزوم این شرط برای داور وجود ندارد. با این وجود گرچه تردیدهای موجهی در مورد ضرورت وجود عدالت وصفی به عنوان یک امر اجماعی در مورد قضات و داوران وجود دارد، لیکن درخصوص لزوم «عدالت عملی»، به عنوان قدر متیقن و وجه مشترک همه مکاتب حقوقی داخلی و بین‌المللی، کمتر تردیدی روا است، چراکه لزوم این شرط، عقلایی بوده و بازتابی از بنای عقلا است. بی دلیل نیست که در تمامی نظام‌های حقوقی عدالت عملی به عنوان یکی از اصول اجباری دادرسی قضایی و داوری اعلام گردیده است. شرط علم یا تخصص از دیگر شروط مرتبط با اهلیت داور می‌باشد. نسبت به لزوم این شرط برای داور نظرات گوناگونی ارائه گشته است. با این حال با توجه به برخی مکاتب حقوقی می‌توان عدم لزوم اجتهاد و امکان مراجعه به فتاوی دیگران را به عنوان نظر غالب پذیرفت. به نظر می‌رسد برگزیدن داوران متخصص درخصوص حلّ و فصل اختلاف ناشی از یک قرارداد تجاری، اگرچه مفهوم اجتهاد مدّنظر را به‌طور کامل تأمین نمی‌کند، لیکن می‌تواند چه در حقوق داخلی و چه بین‌المللی تا حدی در راستای آن به حساب آید.

به طور کلی درخصوص بحث اهلیت داور در حقوق موضوعه ایران، کسانی می‌توانند به سمت داوری انتخاب شوند که دارای اهلیت استیفاء باشند. براین اساس فقط اشخاص حقیقی می‌توانند بهره‌مند از حق داوری باشند (برای دیدن نظر مخالف نک. صدرزاده افشار؛ ۱۳۷۹، ۲۹۳). گرچه مطابق ماده ۵۸۸ اشخاص حقوقی نیز دارای کلیه حقوق و تکالیفی می‌شوند که قانون برای افراد حقیقی قائل است، لیکن باید پذیرفت اشخاص حقوقی به‌طور طبیعی قادر به اعمال این حق نیستند و نیز باید اذعان داشت در تمام مواردی که انجام داوری به اشخاص حقوقی واگذار گردیده است، ایشان تنها به سازماندهی داوری می‌پردازند و این اشخاص حقیقی هستند که در اصل و در واقع داوری را برعهده می‌گیرند. درحقوق فرانسه نیز اگر در قرارداد داوری اشخاص حقوقی به عنوان داور انتخاب کردند، این اشخاص نمی‌توانند داوری نمایند، بلکه تنها می‌توانند به ساماندهی داوری مبادرت نمایند. در حقوق داخلی ایران عدم اهلیت تحت عنوان ممنوعیت به دو قسم ممنوعیت مطلق و ممنوعیت نسبی تقسیم می‌گردد. ممنوعیت مطلق در مواد ۴۶۶ و ۴۶۷ و ۴۷۰ آیین دادرسی مدنی و هم‌چنین لایحه قانونی راجع به منع مداخله وزرا و نمایندگان مجلس و کارمندان دولت در معاملات دولتی و کشوری و مواد ۱۹، ۲۰ و ۶۹ مکرر قانون مجازات اسلامی و ماده ۲۳ آیین داوری مرکز داوری اتاق ایران پیش‌بینی گردیده است. موارد عدم اهلیت نسبی در ماده ۴۶۹ قانون آیین دادرسی مدنی بیان شده است که در گفتار نخست به تشریح آن‌ها پرداخته شد.

در حقوق بین‌الملل نیز نسبت به اهلیت داور مواردی بیان گردیده است. به عنوان مثال در حقوق کشورهایی مانند هلند، فرانسه، آمریکا، آلمان، تنها اشخاص طبیعی که اهلیت قانونی داشته باشد و از اهلیت تمتع کامل حقوق مدنی برخوردار باشند می‌تواند به عنوان داور انتخاب شوند. لذا سازمان‌های اداری و دادگاه‌ها و سایر اشخاص حقوقی را نمی‌توان به عنوان داور انتخاب کرد. با این وصف در صورت انتخاب ایشان، چنین فرض می‌شود که نماینده قانونی آن‌ها به عنوان داور انتخاب شده است. در حقوق آلمان صغار، کرها، لال‌ها و نیز قضات، کارمندان و اشخاصی که به موجب حکم دادگاه از مداخله در کارهای عمومی ممنوع شده‌اند، اهلیت داور شدن را ندارند. در حقوق سوئیس نیز صلاحیت داور به دلیل محرومیت وی از برخی حقوق مدنی و یا به علت محکوم شدن وی به مجازات‌های سالب آزادی از جهت ارتکاب جرم و یا شبه جرم خلاف شئون داوری، قابل اعتراض می‌باشد. در ایالات متحده دادرس «تا زمان بازنشستگی» به دلایل اخلاقی و نه قانونی از تصدی سمت داوری ممنوع است. براین اساس مسأله اهلیت یک فرد برای تصدی سمت داوری خصوصاً در حقوق بین‌الملل کمتر مورد اختلاف و بحث قرار می‌گیرد (کلاتریان؛ ۱۳۷۴، صص ۴ و ۶۷).

مبحث دوم: تابعیت

در حقوق داخلی کشورها در جایی که طرفین دارای تابعیت واحد هستند بحثی راجع به تابعیت داور به وجود نمی‌آید. طرفین می‌توانند اشخاصی را که تابعیتی غیر از طرفین اختلاف دارند به عنوان داور انتخاب نمایند. به همین دلیل در اکثر نظام‌های حقوقی داخلی در صورتی که طرفین اختلاف، از تابعیت واحدی برخوردار باشند، یا نسبت به تابعیت داور تصریحی ندارند و یا آن را مشمول توافق طرفین می‌دانند. این درحالی است که اگر طرفین اختلاف، دارای تابعیت متفاوت باشند، در برخی از نظام‌های حقوقی ملی، انتخاب شخص خارجی به سمت داور که با یکی از طرفین اختلاف هم تابعیت باشد، یا منع شده است و یا با محدودیت‌هایی مواجه شده است. این ترتیب در حقوق داخلی ایران معمول شده است، چراکه در ماده ۴۵۶ قانون آیین دادرسی مدنی، ایرانیان از انتخاب داور متبوع کشور طرف مقابل تا قبل از وقوع اختلاف ممنوع شده‌اند. در بند یک قانون داوری تجاری بین‌المللی نیز گرچه، مبنای انتخاب داوران، توافق طرفین دانسته شده است، لیکن اختیار طرفین در این خصوص محدود شده است. محدود کردن آزادی طرفین در انتخاب داور و منحصر نمودن این منع به موردی که طرفین قبل از بروز اختلاف برای رجوع به داوری توافق می‌کنند دلیل قانع‌کننده‌ای ندارد و معلوم نیست قاعده مذکور و مأخذ آن که ماده ۴۵۶ آیین دادرسی مدنی می‌باشد از کجا آمده است. اگرچه در گذشته عامل تابعیت را مؤثر در استقلال داور می‌دانستند و از این رو در بسیاری از موارد مقرر می‌شد که داور باید تابعیتی به جز تابعیت طرفین اختلاف داشته باشد، لیکن امروزه اغلب قوانین به شایستگی علمی و اخلاقی و تجربه داور گرایش داشته و به عدم تأثیر تابعیت در استقلال و بی‌طرفی داور نظر دارند.



از سوی دیگر در عصر جدید اصل برابری خودی و بیگانه، در برخورداری از حقوق مشاغل پذیرفته شده است. بر همین اساس است که در مقابل گروه بالا، در حقوق داخلی برخی از کشورها مانند هلند، سوئیس، آلمان بیان گردیده است که هیچ کس را نمی‌توان به علت تابعیتش از انتخاب شدن به سمت داور منع نمود. اغلب کنوانسیون‌ها و معاهدات بین‌المللی و نیز نهادهای بین‌المللی داوری نیز در قواعد و مقررات خود نظر بر عدم تأثیر تابعیت در جرح داور دارند. به عنوان مثال بند یک ماده ۱۱ قانون نمونه آنستیرال تابعیت اشخاص را از موانع انتصاب و انتخاب داور ندانسته است و اعلام نموده است «هیچ کس را نمی‌توان به علت ملیت‌ش از داور شدن ممنوع کرد، مگر این که طرفین طور دیگری توافق کرده باشند».

با وجود این، هنوز هم عامل تابعیت در بسیاری از مقررات داوری مدنظر است، مثلاً بند شش ماده دو مقررات داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی مقرر می‌دارد «داور واحد یا رئیس دادگاه داوری، «سرداور»، باید از کشوری غیر از کشور متبوع طرفین انتخاب شوند. دیوان داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی نیز به تبع مقررات داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی در بند یک ماده دو مقررات خود «تعیین داور هم تابعیت طرفین اختلاف را به عنوان سرداور یا داور منفرد منع کرده است». مطابق این بند «... دیوان طبق مقررات این بند انتخاب داوران را تأیید کرده یا خود آن را انجام می‌دهد و در چنین تأیید یا انتخابی، تابعیت و اقامتگاه داوران و سایر روابط ایشان با کشورهایی که طرفین اختلاف یا سایر داوران تبعه آن هستند را مورد توجه قرار می‌دهد».

برخلاف دو رویه فوق برخی کشورها مانند ایالات متحده آمریکا راه میانه ای را انتخاب نموده‌اند و بیان می‌دارند «هیچ شرط قانونی مبنی بر این که داور حتماً باید در پرونده‌هایی که در ایالات متحده رسیدگی می‌کند شهروند یا مقیم ایالات متحده باشد وجود ندارد». البته در پرونده‌های بین‌المللی اغلب داوران از کشورهای دیگر منصوب می‌شوند. قواعد داوری انجمن داوری آمریکا نیز مقرر می‌دارد «چنانچه یکی از طرفین ملیت کشوری به غیر از ایالات متحده را داشته باشد، بنا به درخواست یکی از طرفین، داوران بی‌طرف به غیر از کشورهای متبوع منصوب می‌شوند» (هولتزمن؛ ۱۳۸۱، صص ۶۲-۶۳).

نکته شایان ذکر این است که در هیچ یک از قوانین و قواعد راجع به داوری و کنوانسیون‌های بین‌المللی درخصوص این سوال که اگر داور یا سرداور دارای تابعیت مضاعف باشد، آیا می‌توان به این دلیل که با یکی از طرفین اختلاف، هم تابعیت است وی را مورد جرح قرار داد؟، پاسخی به صراحت داده نشده است.

مبحث سوم: سوء رفتار

مبنای دیگر جرح داور، تخلف از مقررات و سوء تصدی در جریان رسیدگی است. «تأخیر ناروا و غیر موجه» در صدور رأی به عنوان یکی از مصادیق سوء رفتار می‌باشد که می‌تواند کلیه اصحاب داوری را متضرر نماید. در قواعد داوری «ICC» در این زمینه بیان شده است «چنانچه دیوان داوری رأی دهد که داور وظایف خود را طبق مقررات و یا ظرف ضرب الاجل زمانی مقرر ایفاء ننموده است، داور مزبور بایستی با فرد دیگر تعویض گردد».

مقررات آنستیرال نیز هم‌چنین اعلام می‌دارد که چنان‌چه داور در انجام وظایف خود قصور کند و تأخیری ناروایی داشته باشد، یا با رفتارش نسبت به هر یک از طرفین جانب مساوات را نگیرد و یا فرصت کافی جهت طرح و ارائه استدلال‌ات و دفاعیات در اختیار هر یک از آن‌ها قرار ندهد، جایگزین خواهد گردید (بند یک ماده ۱۴ قانون نمونه داوری آنستیرال).

از مصادیق دیگر سوءرفتار توسط داور، استعفاء مغرضانه می‌باشد. داور ممکن است به هر دلیلی با استعفا و کناره‌گیری داوطلبانه از سمت خود، به مأموریت خود پایان دهد. ممکن است این استعفا و ختم مأموریت به قصد ایجاد تأخیر یا قطع جریان داوری باشد و باعث ورود خسارت به طرفین یا یکی از آنان گردد. لذا برخی از قوانین داوری حق استعفاء داور را محدود به کسب مجوز از دادگاه نموده‌اند، به طوری که چنان‌چه یکی از طرفین با استعفاء داور موافق نباشد، داور باید برای استعفاء خود از دادگاه مجوز اخذ نماید.

از دیگر مصادیق سوءرفتار، عدم رعایت اصل تساوی در قبال طرفین می‌باشد. در ماده ۱۸ قانون داوری تجاری بین‌المللی مقرر گشته است «رفتار با طرفین باید به نحو مساوی باشد و به هر کدام از آنان فرصت کافی برای طرح ادعا یا دفاع و ارایه دلایل داده شود».

قانون داوری هلند در ماده ۱۰۳۹ بیان نموده است «داور باید با طرفین به مساوات رفتار کند و به طرفین امکان ارائه دلایل و بیان ادعا را بدهد. هم‌چنین داور نمی‌تواند از استماع اظهارات شفاهی هر یک از طرف‌های اختلاف امتناع نماید. قانون آلمان نیز در این زمینه بیان داشته است که «باید حق استماع بیانات طرفین همیشه تضمین شود و طرفین بتوانند در مهلت مقرر مطالب خود را به صورت کتبی یا شفاهی عنوان نمایند. آن‌ها باید بتوانند نظرات خود را نسبت به تمام امور و ارکان دلیلی که داور می‌خواهد تصمیم خود را بر مبنای آن‌ها اتخاذ نماید، ابراز دارند».

رعایت اصل ابلاغ صحیح اوراق دادرسی و اختطاریه‌ها توسط داور ضروری است و از اصول اساسی دادرسی به شمار می‌آید. لذا عدم رعایت آن از مصادیق سوءرفتار محسوب می‌شود. رعایت این اصل نیز یکی از مواردی است که در تمامی قوانین و قواعد مربوط به داوری تصریح شده و رعایت آن توسط داور تأکید گردیده است.

داور مکلف است رسیدگی و حل اختلاف را براساس توافق طرفین به انجام رساند. لذا داوران حق ندارند بر اساس عدل و انصاف و یا به صورت کدخدامنشانه (Ex Aequo et Bono) اتخاذ تصمیم کنند، مگر آن‌که طرفین صریحاً به داوران چنین مجوزی داده باشند (شیروی؛ ۱۳۷۸، ۸۰).

محرمانه بودن رسیدگی و رازداری طرفین اختلاف یکی از مهم‌ترین ویژگی‌های حل اختلاف توسط داوری است. داور بایستی در تمامی مراحل رسیدگی، کلیه اطلاعات و موضوعات مربوط به طرفین اختلاف را در حاله‌ای از رازداری نگه دارد. لذا افشای آن توسط داور از مصادیق سوءرفتار محسوب می‌شود.



مبحث چهارم: توانمندی و شروط مورد توافق

صرف نظر از شرایط عمومی داوران که در بالا به آن‌ها پرداخته شد، مبنای صلاحیت داوران چه در حقوق داخلی و چه در حقوق بین‌المللی توافق نامه داوری است. در همین راستا در حقوق اکثر کشورها، طرفین از آزادی اراده برخوردار هستند و هر شرطی که خلاف نظم عمومی یا اخلاق حسنه نباشد را می‌توانند در توافق نامه بگنجانند. بدیهی است تنها کسانی می‌توانند به عنوان داور انتخاب شوند که تمامی شرایط مورد توافق طرفین را دارا باشند. به عنوان مثال ممکن است طرفین در یک قرارداد اجاره کشتی (Charter Party) برای حل اختلاف‌های ناشی از قرارداد مذکور، داوری را انتخاب نمایند که نسبت به حقوق دریایی و قواعد اجاره کشتی آشنایی کامل داشته باشد (تاپ من؛ ش ۱۲، ص ۱۷۰).

اهمیت این شروط به قدری است که اگر داوران واجد شروط مندرج در موافقت نامه نباشند، نه تنها به جرح داور می‌انجامد (نیکبخت، ۱۳۶۹، ۴۵)، بلکه می‌تواند به ابطال رأی صادره یا عدم اجرای آن منجر گردد. ممکن است طرفین صراحتاً شرطی را در قرارداد قید نمایند ولی قواعد داوری خاصی مانند قواعد اتاق بازرگانی بین‌المللی را برای احراز شرایط داوران، ملاک عمل قرار دهند. در این صورت داوران باید شرطی که برای داوران در آن قواعد داوری، تصریح شده است، را دارا باشند. در بسیاری از قوانین داوری کشورها مانند قانون سوئیس، قانون داوری انگلیس، قانون آلمان و نیز قواعد داوری حقوق بین‌الملل مانند قانون داوری نمونه آنستیتال، ایکسید، قواعد داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی، قواعد داوری موسسه داوری آلمانی، فقدان شروط مندرج در موافقت نامه داوری از موارد ردّ داور دانسته شده است. درخصوص حقوق داخلی ایران، قانون داوری تجاری بین‌المللی در ماده ۱۲، قواعد داوری مرکز داوری کانون و کلاء دادگستری مرکز در ماده ۴۰ و آیین نامه نحوه ارائه خدمات مرکز داوری اتاق ایران نیز در ماده ۲۳، فقدان اوصاف قانونی و شرایط مقرر در موافقت نامه داوری را به عنوان یکی از اساسی‌ترین موارد جرح و ردّ داوران اعلام کرده است.

البته این که داور حتماً باید دارای توانمندی و قابلیت‌های خاص و ویژه‌ای نسبت به موضوع داوری باشد، چه در حقوق داخلی کشورها و چه کنوانسیون‌ها و قواعد داوری بین‌المللی کمتر مقرر شده است. براین اساس اگر طرفین در قرارداد داوری، شرطی را برای داوران تعیین نکرده باشند انتصاب هر شخصی به عنوان داور معتبر خواهد بود. با این حال در حقوق داخلی اکثر کشورها و حقوق داخلی ایران، از جمله در آیین نامه نحوه ارائه خدمات مرکز داوری اتاق ایران و آیین نامه داوری مرکز داوری کانون و کلاء دادگستری مرکز تهران و در قواعد سازمان‌های داوری بین‌المللی مانند قواعد اتاق بازرگانی بین‌المللی و آنستیتال (UNCITRAL)، اصولاً فقدان توانمندی داوران از موارد تعویض داور دانسته شده است. ماده ۵۷ قواعد داوری ایکسید درخصوص توانمندی داوران صریحاً اشعار می‌دارد «داوران بایستی اشخاصی باشند دارای شخصیت اخلاقی والا و تخصص شناخته شده در زمینه‌های حقوقی، بازرگانی، صنعتی و یا مالی...» که در این میان تخصص حقوقی از



اولویت خاصی برخوردار است. داوران را می توان به خاطر فقدان آشکار این اوصاف و خصوصیات جرح نمود. از طرف دیگر داور منصوب از طرف «ایکسید» بایستی عضو هیأت داوران مرکز بین المللی حل و فصل اختلافات سرمایه گذاری باشد.

در ماده نه قواعد داوری اتاق بازرگانی بین المللی نیز بیان شده است «دیوان در هنگام تأیید یا نصب داور بایستی توانایی او را در اداره امور داوری مطابق این قواعد در نظر بگیرد». در قسمت «ج» بند سه بخش ۲۴ قانون انگلیس نیز همانند قواعد ایکسید، فقدان توانمندی و قابلیت های ویژه در داور از موارد جرح دانسته شده است و تصریح گردیده است «طرف های رسیدگی داوری می توانند پس از ابلاغ به ایشان، داور ذی ربط یا هر داور دیگر را بعد از درخواست از دادگاه صالح براساس دلایل ذیل جرح کنند».

مبحث پنجم: استقلال و بی طرفی

داوری زمانی می تواند مؤثر و معتبر باشد و رضایت طرفین اختلاف را به خود جلب نماید که اولاً رسیدگی در داوری منصفانه باشد و در ثانی طرفین اختلاف نیز این امر را احساس نمایند. امروزه در داوری ها اصل استقلال و بی طرفی داور یکی از اصول اساسی به شمار می آید. داور اگرچه منتخب طرف دعوی است و داور اختصاصی اوست، لیکن نماینده وی نیست، بلکه نوعی قاضی به شمار می آید که حل و فصل اختلاف و اجرای عدالت را بر عهده دارد. از این رو باید مستقل و بی طرف باشد.

«استقلال» به این معنی است که داور نباید اکنون یا از پیش هیچ گونه رابطه یا علقه ی تجاری، حرفه ای یا اجتماعی با یکی از طرفین دعوی یا مشاوران حقوقی آن ها داشته باشد. هم چنین بیان گردیده، استقلال ناظر بر روابط بین داور و طرفین اختلاف از حیث جنبه های شخصی، اجتماعی و مالی باشد. روابط نزدیک تر در هر یک از این جنبه ها، موجب استقلال کمتر داور می شود.

«بی طرفی» به تمایلات ذهنی گفته می شود که داور نسبت به طرفین یا موضوع اختلاف دارد. داور در این معنی، زمانی بی طرف است که تابعیت وی جدای از تابعیت طرفین اختلاف باشد. در نتیجه بی طرفی معیاری شخصی است که با نگرش ذهنی یک شخص سر و کار دارد و یا وضعیتی است که تنها در رفتار داور از بیرون قابل مشاهده است. بی طرفی باید به حدی باشد که هیچ یک از طرفین احساس نکنند که داور به جهاتی، امکان دارد جانب طرف دیگر را بگیرد. جانب داری و غرض ورزی نه تنها از رابطه یک داور با یکی از طرفین یا وکیل یکی از آن ها ناشی می شود، بلکه می تواند محصول دخالت پیشین او در قضیه ای مشابه یا نظراتی که او پیش تر منتشر کرده است باشد. لزوم وجود این مفاهیم در داوری به آسانی قابل اثبات است، هر چند که در قوانین، حکمی راجع به آن ها وجود نداشته باشد. در قوانین داخلی ایران به وجود آن ها به طور غیر مستقیم اشاره شده است. چنین به نظر می رسد که فلسفه جعل ماده ۴۵۶ و مواد ۴۶۷، ۴۶۹، ۴۷۱، ۴۷۷، ۴۸۲ و بندهایی از ماده ۴۸۹ قانون آیین دادرسی مدنی می توانند به نحوی، لزوم بی طرفی داور را نشان دهند.



این در حالی است که در تمامی حقوق داخلی کشورها و سازمان های بین المللی یا استقلال و بی طرفی را باهم (بند دوم ماده ۱۲ قانون داوری نمونه آنستیرال و بند یک ماده ۱۸ قواعد داوری دیوان بین المللی لندن "The London Court of international Arbitration, LCIA") یا حداقل یکی از آن دو را به عنوان ملاک های استاندارد برای جرح داوران مقرر داشته اند. به عنوان مثال بند یک ماده هفت قواعد داوری اتاق بازرگانی بین المللی مقرر می دارد «داور باید مستقل از طرفین داوری باشد و در طول داوری نیز مستقل باقی بماند».

مطابق بند دوم ماده پنج قواعد داوری دیوان بین المللی لندن، داورانی که به موجب این قواعد، داوری می کنند باید همواره نسبت به طرفین «مستقل و بی طرف» باشند و این حالت را حفظ کنند و نباید در داوری به عنوان مدافع هر یک از طرفین عمل کنند. هیچ یک از داوران، پیش از انتصاب یا پس از آن، نباید به هر یک از طرفین راجع به ماهیت یا نتیجه اختلاف، توصیه ای کنند. ماده ده اعلامیه جهانی حقوق بشر نیز اعلام می دارد «هر کس مستحق است که به دعوی او محاکم مستقل و بی طرف و عادل رسیدگی کنند».

به طور کلی در خصوص عدم استقلال و بی طرفی داور باید به این استنباط رسید که تفسیر مضیق را جایگزین تفسیر موسع کرد. بر همین اساس است که عده ای برای به دست آوردن عدم استقلال و بی طرفی داور معیار «تردید های موجه و قابل توجیه» (Justifiable Doubts) را به کار برده اند (مانند قسمت «ج» بند یک ماده ۱۸۰ قانون سوئیس و بند دو ماده ۱۲ قانون داوری نمونه آنستیرال و بند دوم ماده ۱۰۳۶ قانون آیین دادرسی مدنی آلمان) و عده ای دیگر معیار «خطر واقعی» (Real Danger) و فقدان بی طرفی را لازم دانسته اند. در کل این علل بایستی با توجه به هدف جرح که ایجاد اطمینان و اعتماد بیشتر به داوری منصفانه می باشد تعیین و تفسیر شوند.

نتیجه

«داوری» که بر اساس توافق طرفین شکل می گیرد، به عنوان مهم ترین نهاد حل اختلافات غیر قضایی خصوصاً در دعاوی تجاری بین المللی شناخته می شود. طرفین اختلاف می توانند در جهت حل اختلاف خود به مراجع قضایی رجوع کرده و یا با توافق یکدیگر نسبت به تعیین داور و مقررات رسیدگی داوری که شامل قانون حاکم بر ماهیت دعوی، تشریفات رسیدگی، چگونگی نحوه صدور حکم، ابلاغ، اجرای آن و... است، اقدام نمایند. از ملزومات رسیدگی و حل و فصل دعوی، این است که داوران منتخب طرفین یا منتصب دیگران، مورد وثوق طرفین باشند تا یک رسیدگی عادلانه و به دور از هر شائبه ای شکل گیرد. لذا در اکثر قوانین ملی و کنوانسیون های بین المللی مقرر شده است مبنی بر رفع چنین شائبه ای وضع گردیده تا طرفین بتوانند با طیب خاطر سراغ داوری رفته و هیچ تردیدی در نتیجه آن نداشته باشند.

از جمله این مقررات، پیش بینی حق جرح داور است به گونه ای که اگر طرفین نسبت به صلاحیت و شایستگی داور شبهه ای داشته باشند بتوانند قبل از شروع رسیدگی و یا بعد از آن

تا زمان صدور رأی، داور مربوط را جرح نمایند. اگر این جرح مقبول افتد منجر به برکناری داور مجروح و جایگزین نمودن داور جدید می شود. البته وفق اغلب قوانین ملی، جرح فقط می تواند داور اختصاصی خود را جرح نماید، ولی در قواعد سازمان های داوری اجرای این حق فقط منحصر به داور اختصاصی نمی باشد. از عمده ترین علل و اصولی که طرفین می توانند با استناد به آن ها داور را جرح نمایند، اهلیت، سوء رفتار، تابعیت، توانمندی و شروط مورد توافق، استقلال و بی طرفی می باشد که اصولاً در قوانین و قواعد داوری به طور مستقیم یا غیر مستقیم پذیرفته شده اند. در میان اصول فوق، استقلال و بی طرفی داور به دلیل آن که ملاک و معیار ثابتی در تشخیص آن ها وجود ندارد، بیشترین پرونده ها را به خود اختصاص داده اند. اصولاً جرح زمانی از حق جرح خود استفاده می کند که نتواند توافق طرف مقابل را مبنی بر عزل و تعویض داور مجروح اخذ نماید و یا این که داور مجروح به طور ارادی استعفاء ندهد. این امر هم در قوانین داخلی ایران و هم در کنوانسیون های بین المللی و قواعد سازمان های داوری تصریح شده است.

شرط اهلیت طیف وسیعی از پرونده ها را در بر می گیرد که بر روی آن ها اختلاف نظر وجود دارد. در قوانین مربوط به داوری راجع به اهلیت داور معیار ثابتی وجود ندارد، گرچه در شرط بلوغ، عقل، شخص حقیقی بودن داور، عدالت عملی و «رعایت مساوات و برابری طرفین در داوری»، کم و بیش تمامی قوانین داخلی و بین المللی متفق القول هستند. درخصوص سایر شرایط داور مانند اسلام، عدالت وصفی، مرد بودن، علم و تخصص، تصریحی در این قواعد وجود ندارد و می توان گفت لااقل به لحاظ عملی و به ویژه در داوری های بین المللی لزومی بر وجود شرایط اخیر وجود ندارد.

سوء رفتار داور عنوانی مبهمی است که دارای مصادیق بسیار فراوانی است و می تواند به عنوان دلیلی بر جرح، داور را از سمت خود برکنار نماید. از جمله مصادیق سوء رفتار می توان به سوء تصدی در جریان رسیدگی، تأخیر ناروا و غیر موجه، استعفاء مغرضانه، عدم رعایت اصل تساوی با طرفین، عدم رعایت اصل ابلاغ، تغییر اوراق داوری و اخطاریه ها، رسیدگی به صورت کدخدامنشانه و از روی عدل و انصاف و افشای اطلاعات طرفین در طول رسیدگی، اشاره نمود. لازم به ذکر است که این مصادیق در هیچ یک از قوانین و قواعد به طور یک جا بیان نشده است.

از مهم ترین دلایلی که طرفین، خواهان حل اختلاف از طریق داوری هستند، عدم وابستگی و جانب داری داوران است. وانگهی طرفین اختلاف می خواهند داوران بدون هیچ تمایل و علقه ای نسبت به ایشان، به دعوی مطروحه رسیدگی نمایند. گرچه اصل استقلال و بی طرفی داوران، در تمامی قوانین و قواعد داوری ذکر گشته است، لیکن در هیچ کدام از قوانین و قواعد داوری مصادیق آن مشخص نشده است. بی دلیل نیست که مقوله استقلال و بی طرفی داوران از بحث برانگیزترین موضوعات مربوط به جرح داوران می باشد. آن چه مسلم است اکثریت قائل به تمایز این دو مفهوم از یکدیگر هستند.



اغلب صاحب نظران استقلال را در مقابل وابستگی و بی طرفی را در مقابل جانب داری معنا می کنند. برخی نیز بین استاندارد «عینی» استقلال و معیار «ذهنی» بی طرفی تفاوت چندانی قائل نشده اند، چراکه استقلال به خودی خود یک ملاک نیست، بلکه بیشتر شیوه ای برای سنجش احتمال «جانب داری» تلقی می شود.

در پایان باید گفت تا حد امکان نباید از حق جرح در داوری استفاده گردد؛ زیرا جرح یک داور برای فرآیند داوری آثار بسیار مخربی دارد و آثار نامطلوب آن بی شک از آثار مطلوبش بیشتر است. هر لحظه این امکان وجود دارد که جرح داور ناموفق اعلام شود و باعث مخدوش شدن روابط داور با جارح گردد و مآلاً باعث نظرات جانب دارانه داور بر روی پرونده و تصمیمات صادره گردد. وانگهی تأخیر در فرآیند رسیدگی داوری، از نتایج مستقیم هر جرحی می باشد. از طرف دیگر هیچ تضمینی وجود ندارد که در صورت پذیرش تقاضای جرح و ردّ داور مجروح، داور جدید عاری از عدم استقلال و جانب داری باشد.

پی نوشت ها

۱- ماده ۴۶۶ ق. آ. د. م «حتی با تراضی طرفین نمی توان افراد زیر را به عنوان داور منصوب کرد:

- اشخاصی که فاقد اهلیت قانونی هستند.
- اشخاصی که به موجب حکم قطعی دادگاه یا در اثر آن از داوری محروم شده اند.
- ماده ۴۷۰ «کلیه قضات و کارمندان اداری شاغل در محاکم قضایی نمی توانند داوری نمایند هر چند با تراضی طرفین باشد».
- ماده ۴۶۹ «افراد زیر در صورت تراضی طرفین می توانند به سمت داوری تعیین شوند:
- کسانی که سن آنان کمتر از بیست و پنج سال تمام باشد.
- کسانی که در دعوا ذی نفع باشند.
- کسانی که با یکی از اصحاب دعوا قرابت سببی یا نسبی تا درجه دوم از طبقه سوم داشته باشند.
- کسانی که قیّم یا کفیل یا مباشر امور یکی از اصحاب دعوا هستند یا یکی از اصحاب دعوا مباشر امور آنان باشند.
- کسانی که خود یا همسران شان وارث یکی از اصحاب دعوا باشند.
- کسانی که با یکی از اصحاب دعوا یا با اشخاصی که قرابت نسبی یا سببی تا درجه دوم از طبقه سوم با یکی از اصحاب دعوا دارند، در گذشته یا در حال دادرسی کیفری داشته باشند.
- کسانی که خود یا همسران شان یا یکی از اقربای سببی یا نسبی تا درجه سوم از طبقه سوم او با یکی از اصحاب دعوا یا زوجه یا یکی از اصحاب دعوا یا زوجه یا یکی از اقربای نسبی یا سببی تا درجه دوم از طبقه سوم او دادرسی مدنی دارند.
- کارمندان دولت در حوزه ماموریت آنان».

۲- ماده ۱۲ قانون داوری تجاری بین المللی «۱- داور در صورتی قابل جرح است که اوضاع و

احوال موجود باعث تردیدهای موجّهی در خصوص بی‌طرفی و استقلال او شود و یا این که واجد اوصافی که مورد توافق و نظر طرفین بوده است، نباشد. هر طرف صرفاً به استناد علی 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. ۲- شخصی که به عنوان داور مورد پیشنهاد قرار می‌گیرد، باید هرگونه اوضاع و احوالی را که موجب تردید موجه در مورد بی‌طرفی 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 تأخیر به طرفین اطلاع دهد، مگر این که قبلاً آنان را از اوضاع و احوال مذکور مطلع نموده باشد.

۳- در ماده ۲۳ آیین‌نامه نحوه ارائه خدمات مرکز داوری اتاق ایران مقرر شده گشته است «موارد جرح داور:

الف) داور در صورتی قابل جرح است که اوضاع و احوال موجود، باعث تردید موجّهی نسبت به بی‌طرفی و استقلال او شود و یا واجد اوصافی که طرفین تعیین کرده‌اند، نباشد. هریک از طرفین تنها به استناد دلایلی که پس از تعیین داور از آن مطلع شده‌اند، می‌تواند داوری که خود تعیین کرده یا در جریان تعیین او مشارکت داشته، جرح کند.

ب) در داوری‌های داخلی، اشخاص زیر را هرچند با تراضی نمی‌توان به‌عنوان داور انتخاب نمود و از موجبات ردّ و جرح داور است:

- اشخاصی که بی‌طرفی و استقلال ایشان در موضوع داوری، محل تردید باشد.

- اشخاصی که فاقد اهلیت قانونی هستند.

- اشخاصی که به موجب حکم قطعی دادگاه و یا در اثر آن از داوری محروم شده‌اند.

- کلیه قضات و کارمندان اداری شاغل در محاکم قضایی.

۴- کلیه داوران باید مستقل از طرفین دعوی باشند و برای اطمینان از رعایت این اصل، دبیرخانه کلیه داوران منتخب را ملزم می‌کند که فرم‌های خاصی مبنی بر افشاء هرگونه ارتباط با طرفین را قبل از شروع کار، تکمیل و امضا نمایند.

۵- مانند ماده دو قواعد داوری آنسیترال و بند یک ماده ۷ قواعد داوری انجمن داوی آمریکا «American Arbitration Association» و بند ۳ ماده ۵ قواعد داوری بین‌المللی لندن که داور را فقط مکلف به افشای اطلاعاتی نموده که منجر به تردید موجه نسبت به او می‌شود.

۶- عدالت عملی یعنی رعایت مساوات و برابری نسبت به متخاصمین و عدالت نسبت به پرونده‌ی تحت رسیدگی. در زمینه عدالت وصفی و عدالت عملی از جمله می‌توان به مقاله «اصل عدالت اجتماعی در سیستم قانون‌گذاری اسلامی»، اثر مریم ابن تراب، نشریه فقه و اصول، فقه و حقوق خانواده (ندای صادق سابق) «زمستان ۱۳۸۵ - شماره ۴۴، (از ۶۳ تا ۸۹)، رجوع کرد.

۷- لایحه قانونی راجع به منع مداخله وزرا و نمایندگان مجلس و کارمندان دولت در معاملات



دولتی و کشوری مصوب دی ماه ۱۳۳۷ «کارکنان و مقامات مملکتی اعم از لشکری و کشوری از دخالت در اموال دولتی و داوری در دعاوی با دولت یا مجلس یا شهرداری و یا دستگاه های وابسته به آن ها و سایر موسسات مندرج در ماده اول قانون منع شده اند. اعم از این که این دعاوی در مراجع قضایی مطرح شده باشند یا نشده باشند».

۸- ر. ک به

Broches, Aron, "commentary on the uncitral model law" handbook on commercial Arbitration", supplement 11, Jan 1990, p. 56.

به نقل از صفایی؛ ۱۳۷۷.

۹- رجوع شود به رویه داوران در ایالات متحده آمریکا که وفق این رویه حل و فصل کدخدامنشانه ممنوع اعلام گردیده است.

۱۰- به داوری که مجاز باشد دعوا را بر اساس قواعد انصاف و کدخدامنشانه فیصله دهد در حقوق فرانسه «Amiable Compositeur» و در انگلیسی «Free arbitrator» گفته می شود.

۱۱- ماده ۱۸۰ قانون حقوق بین الملل خصوصی ناظر بر جرح داور است. وفق بند «الف» این ماده «هنگامی که داور فاقد ویژگی های مورد توافق طرفین نباشد» از موجبات جرح به حساب می آید.

۱۲- ر. ک به

Donahey, M. Scott, The Independence & Neutrality of Arbitrators, Vol. 9, No. 4, P. 31, 1992.

به نقل از جعفریان؛ ۱۳۷۳، ش ۱۴، ص ۱۱۵.

۱۳- وفق ماده ۵۸۸ قانون مجازات اسلامی «هر یک از داوران و ممیزان و کارشناسان اعم از این که توسط دادگاه معین شده باشد یا توسط طرفین، چنان چه در مقابل اخذ وجه یا مال به نفع یکی از طرفین اظهارنظر یا اتخاذ تصمیم نماید به حبس از شش ماه تا دو سال یا مجازات نقدی از سه تا دوازده میلیون ریال محکوم و آن چه گرفته است به عنوان مجازات مؤدی به نفع دولت ضبط خواهد شد.

۱۴- قانون داوری بین المللی سوئیس، در ماده ۱۸۰ فقط به عدم استقلال داور اشاره نموده است، گرچه گفته می شود که تحت قانون سوئیس داور طرف دار را هم می توان جرح نمود. ۱۵- به رغم این که قانون داوری انگلستان در قسمت «الف» بند یک ماده ۲۴ معیار «تردید موجه» را نسبت به بی طرفی داور را تصریح می دارد، دادگاه انگلستان در پرونده ی زیر معیار «خطر واقعی» را در تصمیمات خود به کار گرفته است.

AT & T Corporation and Another v. Saudi Cable Co, (2000) 2 Lloyd's Rep. 127; Laker Airways Inc v. FLS Aerospace Ltd [1999] 2 Lloyds Rep 45.

به نقل از نیکبخت؛ ۱۳۶۹، ص ۵۵.

۱۶- مانند جرح در ایکسید نسبت به پرونده ی زیر

Amco Asia v. Indonesia, noted at ICSID Reports 376, 380. 389.

به نقل از نیکبخت؛ ۱۳۶۹، ص ۵۵.

منابع

- ۱- ابن تراب، مریم، اصل عدالت اجتماعی در سیستم قانون گذاری اسلامی، نشریه فقه و اصول، فقه و حقوق خانواده (ندای صادق سابق)، شماره ۴۴، زمستان ۱۳۸۵.
- ۲- تاپ من، مایکل، جرح و سلب صلاحیت از داوران در داوری تجاری بین المللی، انتشارات دفتر خدمات حقوقی بین الملل، مجله حقوقی بین الملل، ترجمه محمد جواد میرفخرایی، شماره ۱۲، تهران.
- ۳- جعفریان، منصور، تأملاتی بر لایحه داوری تجاری بین المللی «۲»، مجله مجلس و پژوهش، شماره ۱۴، اسفند ۱۳۷۳.
- ۴- خدابخشی، عبدالله، حقوق داوری و دعاوی مربوط به آن در رویه قضایی، شرکت سهامی انتشار، چاپ نخست، تهران، ۱۳۹۱.
- ۵- زراعت، عباس، آیین دادرسی مدنی در نظم حقوقی ایران، چاپ سوم، نشر خط سوم، تهران، ۱۳۸۵.
- ۶- سیفی، سید جمال، قانون داوری تجاری بین المللی ایران هم سو با قانون نمونه آنسترال، مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین المللی جمهوری اسلامی ایران، شماره ۲۳، ۱۳۷۷.
- ۷- شهیدثانی، مسالک الافهام، ج ۲، چاپ سنگی، تهران.
- ۸- شیروی، عبدالحسین، تنظیم قرارداد داوری با توجه به قانون داوری تجاری بین المللی ایران، مجله مجتمع آموزش عالی، سال اول، شماره سوم، قم، پاییز ۱۳۷۸.
- ۹- صفایی، سید حسین، سخنی چند درباره نوآوری ها و نارسایی های قانون داوری تجاری بین المللی، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۴۰، تهران، تیر ۱۳۷۷.
- ۱۰- طوسی، شیخ، مبسوط، ج ۸، چاپ خانه حیدری، تهران، ۱۳۱۵.
- ۱۱- فرکیج، کریستو، استانداردها و آیین های جرح داوران، مجله حقوقی بین الملل نشریه مرکز امور حقوق بین المللی، ترجمه علی رضا ابراهیم گل، شماره ۳۶، تهران.
- ۱۲- کربای، جنیفر، ساز و کار دیوان بین المللی داوری ICC؛ «ساختار و صلاحیت ها»، ترجمه محسن محبی، نشریه اتاق بازرگانی و صنایع و معادن ایران، شماره ۶، ۱۳۸۶.
- ۱۳- نجفی، شیخ محمد حسن (صاحب جواهر)، جواهرالکلام، دارالکتب الاسلامیه، ج ۴۰، تهران، ۱۳۹۸.ه.ق.
- ۱۴- نیکبخت، حمیدرضا، جرح و خاتمه ماموریت داوران، مجله تحقیقات حقوقی دانشگاه





شهید بهشتی، شماره ۴۶، تهران، ۱۳۶۹.

۱۵- هولتزمن، هواردام، داوری در ایالات متحده آمریکا، فصل نامه دیدگاه های حقوقی،

دانشکده علوم قضایی و خدمات اداری، ترجمه علی قاسمی، شماره بیست و پنجم، ۱۳۸۱.

16-Bernstein, Ronald, Hand book of Arbitration practice, Sweet & axwell, London, 1987.

17- Blessing, Marc, The arbitral process and the independence of arbitrators, Guide to ICC arbitration, ICC Publication, Volume: 472, June 1991.

18- René, David, Arbitration in International Trade, Publisher: Kluwer Law & Taxation, 1985.

19- Jan Den Berg, Albert, Report, The arbitral process and the Independence of arbitrators, Volume: 472, June 1991.