



## مطالعه تطبیقی استقلال و بی طرفی داور اختصاصی

سید فرهاد بطحائی<sup>۱</sup>  
 محمد علی بهمنی<sup>۲</sup>  
 لعیا جنیدی<sup>۳</sup>  
 عبدالله شمس<sup>۴</sup>

تاریخ دریافت مقاله: ۹۶/۱۱/۲۱ تاریخ پذیرش نهایی: ۹۷/۰۴/۱۶

### چکیده

داوری به عنوان شیوه موازی دادرسی دادگاه‌های دولتی از مقبولیت جهانشمولی 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 و این سوال اساسی را به ذهن متبادر می‌کند که آیا تکالیف استقلال و بی طرفی بر داوران منتخب هر یک از طرفین قابلیت اعمال دارد؟ با بررسی اجمالی ویژگی‌های نهاد داوری به نظر می‌رسد اطلاق عنوان و کیل یا نماینده بر داور اختصاصی هر یک از طرفین هیچ تناسبی با ماهیت عملکرد داور در مقام حکمیت نداشته و ضرورت استقلال و بی طرفی او را با چالش مواجه می‌کند. علاوه بر این ماهیت اصیل داوری و نقش موازی آن در حل و فصل اختلافات تنزل شأن داور به ایفای نقش نمایندگی از طرفین دعوا را بر نمی‌تابد. لذا در این مقاله تلاش شده است پس از بررسی مواضع بزرگترین سیستم‌های حقوقی عضو نظام‌های حقوقی کامن لا و

<sup>۱</sup> دانشجوی دوره دکتری تخصصی حقوق خصوصی، گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، الهیات و علوم سیاسی، واحد علوم تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران. f\_bathaie@yahoo.com  
<sup>۲</sup> دانشیار دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی. bahmaei@hotmail.com  
<sup>۳</sup> دانشیار دانشکده حقوق دانشگاه تهران. ljonedydi@yahoo.com  
<sup>۴</sup> استاد دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی (نویسنده مسئول). shams@derakpub.com

رومی ژرمنی، شمول تکلیف استقلال و بی‌طرفی بر داور منتخب هر یک از طرفین را مورد واکاوی قرار داده و پرده از زوایای مبهم این حق و تکلیف داوران منتخب هر یک از طرفین بردارد.

## کلید واژه‌ها

استقلال داور، بی‌طرفی داور، داور اختصاصی،<sup>۱</sup> سرداور، داور خنثی

## مقدمه

استقلال و بی‌طرفی از لوازم تحقق عدالت در هر دادرسی است. در نهاد داوری نیز استقلال داور که جنبه ساختاری دارد، ناظر بر عدم وابستگی او به هر شخصی از جمله طرفین دعوا، سازمان داوری و دیگر داوران است که به داور چنان اقتداری اعطا می‌کند که هیچ قدرتی مجاز به تحمیل دیدگاه و خواست خود به داور نیست. در مقابل، بی‌طرفه که جنبه شخصی دارد، ملکه‌ای نفسانی است که بر اساس آن قاضی بدون هیچ گونه حب و بغضی نسبت به طرفین دعوا، در خصوص موضوع عادلانه رسیدگی و اظهار نظر می‌نماید. به عبارت ساده‌تر، استقلال مصونیت از عوامل برونی و بی‌طرفی مصونیت از احساسات درونی است. (شمس و بطحائی، ۱۳۹۶، ص ۶۲)

در داوری هیأتی نقش انحصاری اراده هر یک از طرفین در انتخاب داور اختصاصی خود ضرورت بررسی استقلال و بی‌طرفی ایشان را دو چندان می‌کند.

داوری هیأتی که به موجب ماده ۱۴۵۱ قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه اصلاحی ۲۰۱۱ تعداد ایشان باید فرد باشد، معمولاً مرکب از سه داور است. در این فرض هر یک از طرفین مبادرت به انتخاب یک داور می‌نمایند و با توافق یک‌دیگر مبادرت به انتخاب سرداور نموده و یا اینکه این امر را به داوران اختصاصی خود تفویض می‌نمایند. معرفی یک داور توسط هر یک از طرفین در ترکیب هیأت داوری بیش از ۲۰۰ سال است که در حد وسیعی مورد استفاده قرار گرفته است (Lieberman, 2004, p. 221). جالب توجه اینکه «نخستین داوری سازمان یافته به وسیله اتاق بازرگانی بین‌المللی<sup>۲</sup> در قرن ۲۰ به وسیله یک دیوان داوری مرکب از ۳ داور که ۲ نفر از آنها به طور مشخص مستقل نبودند مورد رسیدگی قرار گرفته است» (Clay, 2000, p. )

<sup>۱</sup> عبارت «داور اختصاصی» ترجمه عبارت انگلیسی «Party Appointed Arbitrator» و یا «Co Arbitrator» و عبارات فرانسوی «Arbitre-Partie» و یا «Co Arbitre» است.

<sup>۲</sup> International Chamber of Commerce.

294) پژوهشگران مهم ترین دلایل انتخاب یک داور توسط هر یک از طرفین را به شرح زیر توجیه نموده‌اند:

- طرفین دعوا به طور کامل فرایند داوری را درک نمی‌کنند و با معرفی داور منتخب خود در جریان داوری احساس امنیت بیشتری می‌کنند.
- بی‌طرفی مطلق داوران همیشه مطلوب نیست و در برخی موارد نقش جانب‌دارانه داوران منتخب هر طرف می‌تواند به نتیجه منطقی تری منتهی شود.
- با معرفی داور اختصاصی، هر یک از طرفین از قدرت چانه‌زنی بیشتری در به دست آوردن نتایج مطلوب تر برخوردار هستند (Lieberman, 2004, p. 222).

به این ترتیب نقش انحصاری اراده هر یک از طرفین در انتخاب داور اختصاصی و همچنین ضرورت رعایت تکالیف استقلال و بی‌طرفی توسط داوران، پاسخ به این سؤال را ضروری می‌نماید که آیا داوران منتخب هر یک از طرفین دعوا نیز ملتزم به رعایت استقلال و بی‌طرفی هستند؟ این امری بدیهی است که طرفین دعوا تلاش می‌کنند شخصی را به عنوان داور اختصاصی خود به دیوان داوری معرفی نمایند که در راستای صیانت از حقوقش با او همدلی نماید. هیچ یک از طرفین هرگز در زمان معرفی داور خود در جستجوی داوری متخصص، مستقل و بی‌طرف، خود را از همکاری داوری که از یک دیگر شناخت کافی داشته، دارای ملیت مشترک بوده و در گذشته با یک دیگر مرادوات گوناگون داشته‌اند محروم نمی‌کند. او تلاش می‌کند کسی را به عنوان داور منتخب خود به دیوان داوری معرفی کند که مترجم دیدگاهش در دیوان داوری باشد و در حد امکان تلاش کند مواضعش را به ساده‌ترین بیان ممکن در دیوان داوری مطرح نماید. به رغم اینکه طرفین دعوا با چنین دیدگاهی مبادرت به معرفی داور اختصاصی خود می‌نمایند ضرورت دارد شبهه هر گونه نمایندگی داور منتخب هر یک از طرفین از سوی طرفی که او را انتخاب نموده است از ذهن زدود با این استدلال که «وکالت با نفس حکمیت در تعارض است زیرا، داور موظف است بدون در نظر گرفتن غبطه و مصلحت طرفین و تنها بر اساس ادله موجود، فارغ از اینکه طرفی که او را انتخاب نموده است از این تصمیم منتفع یا متضرر می‌شود رأی صادر کند.» (شمس و بطحانی، ۱۳۹۴، ص ۷) به این ترتیب التزام داوران اختصاصی به تکالیف استقلال و بی‌طرفی گریز ناپذیر است. تا آنجا که ادعا شده است «اکثر متخصصین در زمینه داوری بین‌المللی قایل به استقلال مطلق همه داوران هستند. ایشان

معتقدند که هر گونه راه حل بینابین خطرناک است و نمی‌توان وظیفه قضاوتی که توسط داور اعمال می‌شود را مورد صلح قرار داد» (Fouchard, Gaillard et Goldman, 1996, p. 592)

بررسی پژوهش‌های صورت گرفته در حوزه داوری داخلی و داوری تجاری بین‌المللی حکایت از این واقعیت دارد که گرچه صاحب‌نظران و پژوهشگران به تفصیل راجع به استقلال و بی‌طرفی داور قلم فرسایی نموده‌اند اما راجع به استقلال و بی‌طرفی داور منتخب هر یک از طرفین تحقیق مستقلی صورت نگرفته است و در پژوهش‌های صورت گرفته پاسخ به سؤال این مقاله به سکوت و یا به اختصار برگزار شده است. لذا در این پژوهش تلاش شده است پس از بررسی مواضع نظام‌های بزرگ حقوقی، دیدگاهی جامع ارائه شود.

### ۱) استقلال و بی‌طرفی 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 بی‌طرفی 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.

#### ۱-۱ استقلال و بی‌طرفی داور اختصاصی در سیستم حقوقی ایالات متحده آمریکا

در سیستم حقوقی ایالات متحده آمریکا در خصوص میزان بی‌طرفی و نقش دقیقی که داوران منتخب هر یک از طرفین باید ایفا نمایند بین دادگاه‌ها اختلاف نظر وجود دارد. برخی دادگاه‌ها اظهار نظر کردند که همه داوران اعم از سرداور و داور اختصاصی بایستی به معیارهای عالی امانت، عدالت و بی‌طرفی پایدار باشند ولی برخی از دادگاه‌ها از سختی‌های این معیار کم کردند و اظهار نظر نمودند که داور منتخب یک طرف می‌تواند روابط یک‌طرفه با طرفین، وکیل یا شهود در ماهیت موضوع دعوا داشته باشد (Lieberman, 2004, p. 233).

نخستین رأی که در این خصوص صادر شده است، رأی دادگاه نیویورک در دعوای شرکت بیمه آتش سوزی آمریکن علیه شرکت بیمه نیوجرسی<sup>۱</sup> 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 (David, 1982, p. 350). مطابق این رأی از آنجا که فرض بر این است که هر داور بر مبنای

<sup>1</sup> American Eagle Fire Insurance Company v/ New Jersey Insurance Company.

قدرت شبه قضایش انجام وظیفه می‌کند، باید از خود در برابر اصحاب دعوی بی‌طرفی بروز دهد و همچنین یک رأی عادلانه، صادقانه و بی‌طرفانه صادر نماید. مطابق همان رأی داور وکیلی نیست که موظف شده باشد داور عالی یا داور سوم را مجاب نماید. او بایستی از وقتیکه وارد جریان رسیدگی می‌شود 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. (David, 1982, p. 350)

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 نمی‌توانند 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.»<sup>۱</sup> بر این مبنا دادگاه پژوهش ایالت نیویورک نهاد «داور حامی»<sup>۲</sup> را در رأی صادره در سال ۱۹۶۲ در دعوی گروه پزشکی آستوریال علیه برنامه بیمه سلامت نیویورک بزرگ<sup>۳</sup> 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 دآوری 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 بیمه‌گر بود را به عنوان داور معرفی کرد. طرف مقابل به استناد فقدان شرایط، نسبت به انتصاب این داور در دادگاه اعتراض نمود. دادگاه این‌گونه اظهار نظر کرد:

«عرف و تجربه لازم می‌دارد که در دآوری 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 دآوری را که تمایل دارد نصب نماید هر چند داور مزبور رابطه نزدیکی با طرف نصب‌کننده یا موضوع دعوا داشته باشد. علاوه بر این، این نتیجه با این واقعیت تقویت شده است که مقررات راجع به دآوری، محدودیتی نسبت به هویت، وضعیت یا اوصاف داوران در بر ندارد؛ (اگر) طرفین این‌گونه قصد کرده باشند که منتخبینشان کاملاً بی‌طرف یا بی‌نفع باشند آنها به راحتی می‌توانند این موارد را در قرارداد شرط کنند.» این دادگاه در نهایت این‌گونه

<sup>1</sup> Orion Shipping & Trading Co. v/Eastern States Petroleum Corp. of Panama, 284 F2d 419 (CA 2<sup>nd</sup>, 1960).

<sup>2</sup> Partisan Arbitrators.

<sup>3</sup> Astoria Medical Group v/ Health Insurance Plan of Greater New York

نتیجه‌گیری 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 نمی‌توانیم قراردادشان را بازنویسی کنیم» (Henri, 2001, p. 326).

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 اظهار نظر نمود: «این تصمیم ما که یک داور صرفاً 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.» (Henri, 2001, p. 326) و به این ترتیب اصل معروفی را بنا گذاشت که به موجب آن «داور حامی می‌تواند حامی باشد، اما نمی‌تواند متقلب باشد»<sup>۱</sup> زیرا اگر داور حامی به یک شیوه متقلبانانه عمل نماید عملکردش می‌تواند مصداق سوء رفتار باشد که منجر به بطلان رأی داور می‌شود. این اختلاف نظرها موجب شد کمیته مشترک کانون وکلای ایالات متحده آمریکا<sup>۲</sup> و موسسه داوری ایالات متحده آمریکا<sup>۳</sup> 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 می‌شود» (Bom, 2014, p. 1833)، 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، ص ۵۶) با الهام از رویه حاکم در آن دوران و شیوع استفاده از داور وکیل، داوران منتخب طرفین را به دو دسته داور خنثی<sup>۴</sup> و داور غیر خنثی<sup>۵</sup> تقسیم نموده و معیارهای خفیف‌تری از استقلال و بی‌طرفی را بر داوران غیر خنثی قابل اعمال دانسته و در قاعده هفتم خود موارد معافیت داور غیر خنثی از تعهدات اخلاقی مقرر در قواعد ۶ گانه ۱ تا ۶ را مشخص نموده است که بر مبنای آن داوران غیر خنثی در مقایسه با داور خنثی عهده‌دار تکالیف سبک‌تری راجع به استقلال و

<sup>1</sup> Partisan he may be, but not dishonest.

<sup>2</sup> AMERICAN BAR ASSOCIATION. ABA.

<sup>3</sup> AMERICAN ARBITRATION ASSOCIATION. AAA.

<sup>4</sup> Neutral.

<sup>5</sup> Non-Neutral.

بی طرفی هستند. اما نکته قابل توجه در این منشور اخلاقی عبارتست از اینکه در مقدمه قاعده هفتم، تدوین‌کنندگان 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 می‌رسد همین اقبال سرد موجب شده است اخیراً رویه قضایی داوری داخلی ایالات متحده آمریکا از اماره تاریخی که نیازی به خنثی بودن داوران منتخب نیست، صرف نظر نماید. در همین راستا نخستین گام‌ها برای اعمال شمول مطلق تکلیف استقلال و بی طرفی بر کلیه داوران از جمله داوران منتخب طرفین، توسط تدوین‌کنندگان قواعد اخلاقی پیش گفته، برداشته شد. بر این مبنا ضرورت به روز رسانی قواعد اخلاقی ۱۹۷۷ و انطباق با رویه بین‌المللی، زمینه را برای اعمال اصلاحات در سال ۲۰۰۴ فراهم نمود. نسخه اصلاحی ۲۰۰۴ قواعد 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.»<sup>۱</sup> اما بر مبنای اصل آزادی قراردادها، این فرضیه مانع طرفین از درج شرط مخالف نشده و در ادامه اشاره شده است که: «با وجود چنین فرضیه‌ای، انواع مشخصی از داوری‌های 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.»<sup>۲</sup>
- 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

<sup>۱</sup> AAA/ABA Code of Ethics, Canon IX (A).

<sup>۲</sup> AAA/ABA Code of Ethics, Canon IX (B).

داور، داور اختصاصی طرف موظف است تا زمان تعیین دقیق و یا رفع شک به عنوان یک داور خنثی عمل کند.<sup>۱</sup>

به این ترتیب به نظر می‌رسد مهم‌ترین تغییر قواعد اخلاقی ۲۰۰۴ AAA/ABA نسبت به قواعد داوری ۱۹۷۷ راجع به استقلال و بی‌طرفی 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، بی‌اعتنا 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 بی‌طرفی می‌داند. به موجب این ماده: «در هر یک از موارد زیر دادگاه بخش ایالات متحده آمریکا میتواند 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 مسلمی صورت گرفته باشد یا فساد در داوران یا هر یک از ایشان وجود داشته است

(۳) «...»

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 مبنای یکی از بزرگ‌ترین نویسندگان و پژوهشگران حوزه حقوق داوری اظهار نظر نموده است: «در حال حاضر نزدیک به تمام سیستم‌های حقوقی جهان پذیرفته‌اند که همه داوران در یک داوری بین‌المللی - از جمله داور اختصاصی - ملتزم به رعایت تعهدات استقلال و بی‌طرفی هستند.» (Born, 2014, p. 1808)

## ۲-۱- استقلال و بی‌طرفی 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 بی‌طرفی داور منتخب یک طرف و سرداور قایل نشده است. اخیراً<sup>۱</sup> نیز عالی‌ترین دادگاه انگلستان اظهار نظر کرده است که: «داور منتصب از جانب یک طرف در برابر

<sup>۱</sup> AAA/ABA Code of Ethics, Canon IX (C).



آن طرف (که او را منصوب نموده است) مستقل باقی می‌ماند و آن داور را نبایستی بر اساس قانون کار به عنوان یک کارمند آن طرف دعوا تلقی نمود.<sup>1</sup> (Cohen, 2011, p. 633) بند ۳ ماده ۵ قواعد مرکز داوری بین‌المللی لندن لازم‌الاجرا از اول اکتبر ۲۰۱۴ نیز استقلال و بی‌طرفی همه داوران را مورد تصریح قرار داده است. به موجب این بند: «همه داوران بایستی نسبت به طرفین در هر زمان مستقل و بی‌طرف 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»

اما 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 می‌کند، دو داوری که این‌گونه منصوب شده‌اند 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 می‌نمایند و نقش را تغییر می‌هند و وظیفه‌ای که به عنوان یک داور بی‌طرف بر عهده داشتند را رها کرده و از این پس به عنوان نماینده طرفی که او را منصوب نموده است ایفای نقش می‌کنند و هر یک از مواضع طرفی که او را منصوب نموده است دفاع می‌کنند.» (Mustill, 1991, p. 392). 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 می‌کند.

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

<sup>1</sup> Jivary v. Hashwani, No. (2011) U. K. S. C. 40, United Kingdom Sup., Intern. Arb. Report, 2011, vol. 26, issue 8, p. 7 et s.

این نوع داوری موجب صرفه‌جویی در وقت و هزینه می‌شود. 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 می‌کند 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 مجدداً نزد سرداور مطرح نمایند؛ چرا که طرفین دعوا دو شخصی را به عنوان داور به کار گرفته‌اند که قبلاً اسناد و مدارک را در اختیار داشته‌اند، کسانی که موضوع دعوا را می‌دانند و بی‌درنگ در کمترین زمان ممکن و با حداقل هزینه نزد سرداور مطرح می‌نمایند.

## ۲) استقلال و بی‌طرفی داور اختصاصی در کشورهای تابع نظام حقوقی رومی ژرمنی

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

### ۱-۲- استقلال و بی‌طرفی 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 هیچ‌گاه بین داور واحد و سرداور، در یک طرف و داور اختصاصی طرفین در طرف دیگر تفکیک قایل نشده است به موجب پاراگراف دوم ماده ۱۴۵۶ قانون 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 بی‌طرفیش را افشا نماید. هم‌چنین او موظف است بدون تأخیر هر گونه اوضاع و احوال این‌چنینی که بعد از قبول مأموریتش ایجاد می‌شود را افشا نماید.»

به نظر می‌رسد رویه قضایی فرانسه در رعایت استقلال و بی‌طرفی 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 لَفَیْت<sup>۱</sup> صادره در ۱۳ آوریل ۱۹۷۲ این‌گونه اظهار نظر نمود: «استقلال ذهنی در اعمال قدرت قضایی ضروری است. و این یکی از اوصاف اساسی داوران

<sup>1</sup> Ury c. Galeries Lafayette.

است. ... وقتی یکی از طرفین مبادرت به تعیین داور می‌نماید این یک اقدام یک‌جانبه نیست، بلکه وی از جانب اراده مشترک هر دو طرف مبادرت به انتخاب داور می‌نماید. اراده مشترکی که اوصاف لازم برای داوران را مد نظر دارد.» (Revue de l'arbitrage, 1975, p. 235) 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 دعوی پالایشگاه نفت خُمس و بانیاس<sup>۱</sup> اصول مطرح شده به وسیله دیوان عالی فرانسه را اعمال نمود. بر مبنای این اصل دادگاه راجع به داور منتخب یکی از طرفین این‌گونه اظهار نظر نمود که یک داور نمی‌تواند «وقتی که با یکی از طرفین دعوا تعارض منفعتی دارد، مبادرت به رسیدگی و صدور حکم نماید.» (Revue de l'arbitrage, 1985, p. 5) این اصل یک بار دیگر در رأی ۱۳ ژانویه ۱۹۸۶ صادره از دادگاه بدوی پاریس در دعوی SETEC c/ SICCA مورد تأیید قرار گرفت. (Revue de l'arbitrage, 1987, p. 63)

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 نظام‌مند انتصاب یک شخص معرفی شده به وسیله یک شرکت از یک گروه، کثرت و توالی حضورش در یک مدتی طولانی در دیگر قراردادهای، مصداق یک رابطه کاری میان این شخص و شرکت‌های گروهی است که طرفین دعوا به آن تعلق دارند؛ همین امر داور را موظف می‌نماید که کل این اوضاع و احوال را نزد طرف دیگر افشا نماید تا در صورت تمایل حق جرحش را اعمال نماید.»<sup>۲</sup> به این ترتیب باید پذیرفت اطلاق تکلیف استقلال داور که صراحتاً 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 بین‌المللی نسبت به استقلال و بی‌طرفی داوران اختصاصی باید گفت، قواعد داوری این مرکز تا کنون شش مرتبه در سال‌های ۱۹۵۵، ۱۹۷۵،

<sup>۱</sup> Raffinerie de pétrole d'Homs et de Banias.

<sup>۲</sup> [https://www.courdecassation.fr/jurisprudence\\_2/premiere\\_chambre\\_civile\\_568/963\\_20\\_17862.html](https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/963_20_17862.html).  
Dernier Vu: 3/2/2016.

۱۹۸۸، ۱۹۹۸، 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 بین‌الملل شد هیچ نشانی از استقلال و بی‌طرفی 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 اشاره‌ای به تکالیف استقلال و بی‌طرفی داوران نمود. به رغم چنین سکوتی در عمل رعایت این مهم مد نظر مرکز داوری بوده است. راجع به رویه عملی این مرکز اظهار نظر شده است «طرفین نمی‌توانند در انتخاب داوران هر طور که تمایل دارند عمل کنند. آنها هم‌چنین نمی‌توانند کسی را انتخاب کنند که نمی‌توان از او توقع رسیدگی بی‌طرفانه داشت مانند فرضی که یک داور در استخدام یکی از طرفین دعوا باشد» (Henri, 2001, p. 334).

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 مقرره‌ای در بند ۷ ماده ۲ موجب استحکام هر چه بیشتر این دیدگاه شد که داوران منتخب طرفین نیز ملتزم به رعایت تکلیف استقلال و بی‌طرفی می‌باشند. 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 بین‌المللی، کاندیدای داوری بایستی به‌طور 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 برد افشاکند. به محض دریافت چنین اطلاعی دبیر کل دیوان مراتب را به‌طور مکتوب به اطلاع طرفین دعوا می‌رساند تا ظرف مدت محدودی در این خصوص اظهار نظر نماید. هر داور باید مستقیماً و به‌طور 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 پیش‌بینی شده است، هر یک از طرفین (...) یک داور مستقل برای تأیید دیوان داوری بین‌المللی تعیین می‌کند.» (بند ۴ ماده ۲ قواعد داوری) در اصلاحات صورت گرفته در سال ۱۹۹۸ وصف «مستقل» در قواعد داوری ۱۹۹۸ (بند ۴ ماده ۸) حذف شده است. بدون شک تدوین‌کنندگان قواعد ۱۹۹۸ قایل بر این بوده‌اند که اصل تحمیل شده در بند ۱ ماده ۷ کفایت موضوع را می‌نماید. 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 عیناً تکرار مفاد ماده ۱۱ نسخه ۲۰۱۲ است، با استفاده از عبارت «هر داوری»،<sup>۱</sup> اعم از داور اختصاصی طرفین و سرداور، ایشان را ملتزم به رعایت استقلال و بی‌طرفی 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 بیانیه‌ای مبنی بر قبول داوری، در دسترس بودن، بی‌طرفی و استقلال امضا می‌کند. داور معرفی شده واقعیت‌ها یا اوضاع و احوالی که از لحاظ ماهوی می‌تواند استقلالش را نسبت به طرفین زیر سؤال ببرد، به طور کتبی به دبیر اعلام می‌نماید. همچنین اوضاع و احوالی که می‌تواند تردیدهای متعارفی نسبت به بی‌طرفی ایجاد کند. دبیر این موارد را به طور کتبی به طرفین دعوا ابلاغ می‌کند و برای ارایه نقطه نظرات احتمالی مهلتی مشخص می‌کند.

۳. داور واقعیت‌ها یا اوضاع و احوالی که از همان ماهیت اوضاع و احوال مقرر در پاراگراف ۲ برخوردار می‌باشد و در اثنای رسیدگی محقق می‌شود را به طور کتبی مستقیماً به دبیر طرفین دعوا اعلام می‌کند.»

## ۲-۲- استقلال و بی‌طرفی داور اختصاصی در سیستم حقوقی سوئیس

جهت جرح اشاره شده در ماده ۱۸ کنکوردای بین کانتونی سوئیس، به تمامی داوران از جمله داوران منتخب هر یک از طرفین مربوط می‌شود. مطابق نظر آقایان لالیو، پودره و ریموند داوران اختصاصی طرفین بایستی، همان استقلال و بی‌طرفی را از خود بروز دهند که یک داور ثالث از خود بروز می‌دهد یا قضات دادگاه فدرال بر اساس قانون سازمان قضایی، از خود بروز می‌دهند. نویسندگان فوق در مورد قانون راجع به حقوق بین‌الملل خصوصی نیز بر این باورند

<sup>۱</sup> در متن انگلیسی از عبارت «Every Arbitrator» و در متن فرانسوی از عبارت «Tout Arbitre» استفاده شده است.

که ماده ۱۸۰ قانون مزبور «بر تمامی داوران اعمال می‌شود. تفاوتی نمی‌کند داوران اختصاصی، یا سرداوری باشند که از سوی طرفین دعوا، دیگر داوران، یک مؤسسه داوری یا قاضی پشتیبان انتخاب شده باشند (Henri, 2001, p. 333).

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 بی‌طرفی 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 ایده‌آل است که (البته) به ندرت با واقعیت مطابقت دارد. علاوه بر این، شیوه تعیین اعضای دیوان داوری ایجاب می‌کند، 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 می‌گیرد. این یک نتیجه ذاتی داوری است که بایستی از آن نتیجه راضی بود. این نتیجه مقرر می‌دارد که یک داور نمی‌تواند 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 بی‌طرفی 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 مبدا نهاد داوری در معرض خطر قرار گیرد.» (Revue de l'arbitrage, 2011, p. 634)

### ۳-۲- استقلال و بی‌طرفی داور اختصاصی در سیستم حقوقی ایران

در سیستم حقوقی ایران، آنچه در قانون آیین دادرسی مدنی قدیم مصوب ۱۳۱۸ در باب جرح داوران وضع شده بود «فقط نسبت به داور سوم قابلیت اعمال دارد» (David, 1982, p.350) و قانون‌گذار قانون مزبور و قانون آیین دادرسی جدید مصوب ۱۳۷۹ در خصوص وابستگی یا استقلال داور منصوب هر یک از طرفین موضع صریحی اتخاذ نکرده است. مراجعه به مشروح مذاکرات مجلس شورای ملی و مجلس شورای اسلامی در جلساتی که دستور جلسه، تصویب قوانین راجع به داوری بوده است هیچ نتیجه‌ای جز نطق سید حسن مدرس در جمع منتخبین ملت در دویست و بیست و پنجمین جلسه دوره ششم مجلس شورای ملی در تاریخ ۲۹ اسفند ۱۳۰۶ در بر نداشت. در این جلسه مرحوم مدرس به منظور دقت بیشتر در انتخاب

داور مشترکی که توسط دادگاه تعیین می‌شود پیشنهاد ماده الحاقی به قانون حکمیت مصوب ۱۳۰۶ را می‌دهد که در نهایت ذیل ماده ۱۴ همان قانون به تصویب می‌رسد. به موجب این ماده: «هر گاه در محکمه انتظامی معلوم شد که معرفی محکمه اشخاص را به جهت حکم مشترک کلاً یا بعضاً طبیعی نبوده بلکه مستقیم یا غیر مستقیم مبنی بر تبانی و مذاکرات سابق بوده، حاکم محکمه محکوم به انفصال ابدی خواهد شد.» ملاحظه مشروح مذاکرات مجلس که اصولاً برای تشخیص روح قانون مفید فایده است حکایت از این دارد که به نظر مرحوم مدرس و کسانی که با تصویب ماده مزبور موافقت نموده‌اند، داور منتخب هر یک از طرفین نقش نماینده و حامی را در دیوان داوری ایفا می‌کند.<sup>۱</sup>

پس از قانون فوق، ماده ۶۴۵ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸ که بر گرفته از قانون حکمیت ۱۳۱۳ است در باب شرایط داوران مقرر نموده است: «اشخاص مذکور زیر را نمی‌توان به قید قرعه به سمت داور مشترک معین کرد مگر به تراضی طرفین: ۱- ... ۲- ... و ...». بر این مبنا باید پذیرفت در قانون مزبور شبهه در فقدان استقلال و بی‌طرفی داور هر یک از طرفین غیرقابل تعرض است. اما در حال حاضر با تصویب قانون داوری تجاری بین‌المللی مصوب ۱۳۷۶ و قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹، به نظر می‌رسد به منظور تعیین نقش داوران اختصاصی ضرورت دارد بین داوری تجاری بین‌المللی و داوری داخلی تفکیک صورت گیرد.

قانون داوری تجاری بین‌المللی مصوب ۱۳۷۶ در جزء الف بند ۲ ماده ۱۱ نحوه تعیین داور هر یک از طرفین توسط ایشان را پیش‌بینی نموده و در بند ۱ ماده ۱۲ همان قانون، قانون‌گذار به طور مطلق بدون تفکیک بین داور مشترک و داور اختصاصی هر یک از طرفین مقرر نموده است: «داور در صورتی قابل جرح است که اوضاع و احوال موجود باعث تردیدهای موجهی در خصوص بی‌طرفی و استقلال او شود ...» به این ترتیب به نظر می‌رسد در داوری تجاری بین‌المللی «حتی داوران اختصاصی هر یک از طرفین نیز که بر اساس اعتماد و شناخت هر یک از اصحاب دعوی به این سمت انتخاب و منصوب شده‌اند، «نماینده» یا «وکیل» آنها نیستند. بلکه موظف می‌باشند حین رسیدگی به موضوع کاملاً مستقل از طرف منصوب‌کننده خود عمل کنند» (افتخار جهرمی، ۱۳۷۸، ص ۴۰). تا آنجا که یکی از صاحب‌نظران یکی از

<sup>۱</sup> به منظور مطالعه مشروح نطق سید حسن مدرس رجوع کنید؛

موفقیت‌های قانون مزبور را «تأکید زیاد در خصوص بی‌طرفی همه داوران صرف نظر از شیوه انتخاب آنها» (سیفی، ۱۳۷۷، ص ۴۰) دانسته است. به نظر می‌رسد قانون مزبور مبتنی بر این واقعیت است که «داور در برابر اصحاب دعوی شخصیت مستقل دارد و مأمور حقگزاری و دادرسی است. داور موظف به رعایت غبطه خواهان یا خواننده نیست؛ باید با بی‌طرفی کامل در میان دو خصم حکومت کند.» (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ص ۱۳۶) این تکلیف از مفاد آیات متعدد قرآن نیز که شارع مقدس با مضمونی مشابه مقرر فرموده‌اند: «فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا بِالْعَدْلِ وَأَقْسِطُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ»<sup>۱</sup> قابل استنباط است. با این استدلال که مخاطب شارع مقدس، مطلق است و مقید به شخص یا گروه خاصی نیست.

اما در زمینه داوری داخلی قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ بی‌اعتنا به قانون داوری تجاری بین‌المللی مصوب ۱۳۷۶، در ماده ۴۶۹ مقرر نموده است: «دادگاه نمی‌تواند اشخاص زیر را به سِمَت داور معین نماید مگر با تراضی طرفین: ...» و به جز بندهای ۱ و ۸، در ۶ بند دیگر به جهاتی اشاره کرده است که با کمی اغماض می‌توان گفت همان جهات جرح قضات، مقرر در ماده ۹۱ قانون آیین دادرسی مدنی ایران است. این موارد که «عمدتاً»، در جهت جلوگیری از داوری کسانی است که بی‌طرفی و استقلال آن‌ها می‌تواند مورد تردید واقع شود ...» (شمس، ۱۳۹۵، ۵۲۶) در صورت رعایت، می‌تواند تا حدودی تضمین‌کننده یک دادرسی بی‌طرفانه باشد که قانون‌گذار انتصاب ایشان را به شرط تراضی طرفین بلامانع دانسته است. اما مفاد ماده مزبور این سوال را به ذهن متبادر می‌کند که حکم ماده ۴۶۹ ناظر بر فرضی است که دادگاه عهده‌دار تعیین داور است، اما در فرضی که طرفین خود مبادرت به تعیین داور می‌نمایند و یا این ماموریت را به مقام ناصب تفویض نموده‌اند می‌توانند داور یا داورانی که یکی از جهات جرح ماده ۴۶۹ نسبت به او مصداق دارد را انتخاب نمایند؟

در فرضی که شخص ثالث عهده‌دار تعیین داور است اظهار نظر شده است «دادگاه خصوصیتی ندارد که بتوان ممنوعیت را ویژه‌ی آن دانست» (شمس، ۱۳۹۵، ۵۲۶). بر این مبنا شخص ثالث نیز «باید در تصمیم خود، رعایت بی‌طرفی، استقلال، شرایط قراردادی طرفین و سایر جهات را داشته باشد و از این حیث، اصولاً فرقی بین دادگاه و شخص دیگر وجود ندارد» (خدابخشی، ۱۳۹۱، ۳۲۶). اما در فرضی که طرفین خود مبادرت به تعیین داور نمایند در نگاه اول به نظر می‌رسد ایشان مقید به محدودیت‌های مقرر در ماده ۴۶۹ نیستند با این توضیح که

<sup>۱</sup> ایه ۹ سوره حجرات.



«تمام ممنوعیت‌های ذکر شده در ماده ۴۶۹ ناظر به زمانی است که دادگاه بخواهد داور را انتخاب کند و چنانچه طرفین بدون مراجعه به دادگاه داور انتخاب کنند این ممنوعیت 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 با تراضی آنان به عنوان داور مشترک منعی نخواهد داشت.» (مهجری، ۱۳۸۷، ۲۳۸)

این دیدگاه قابل انتقاد به نظر می‌رسد با این استدلال که به موجب «نظریه هویت اجتماعی»<sup>۱</sup> تاجفل و همکاران وی «افراد به دنبال آن هستند که در مورد گروهی که به آن تعلق دارند احساس مثبتی داشته باشند، و بخشی از عزت نفس آنها بستگی به همانند سازی آنها با گروه‌های اجتماعی دارد. چون مردمی که با گروه خودشان همانند سازی کرده‌اند بیشترین احتمال را دارد که نسبت به گروه خودشان جانبداری نشان دهند و سوگیری متناظری نسبت به گروه‌های بیگانه داشته باشند» (بارون، بیرن و برنسکامب، ۱۳۹۰، ص ۳۵۱). بر همین مبنا نویسنده پیش گفته نیز بر این باور است که «احساس نفع و ضرر حالتی است که ناخودآگاه در فرد موثر واقع و تصمیمات او را تحت تأثیر قرار می‌دهد. حتی قاضی و دادرسی دادگاه که عدالت او توسط مقام قانونی احراز و ابلاغ قضایی دریافت نموده ممکن است در اثر نفع و ضرری که در موضوع دارد، از بی طرفی خارج شود و قانون او را در این موارد از قضاوت منع نموده است چه رسد به اشخاص دیگر، ...» (مهجری ۱۳۸۷، ۲۳۸).

به این ترتیب نتیجه بدیهی امکان انتخاب چنین اشخاصی به عنوان داور، زوال استقلال و بی طرفی و در نهایت توافق بر خلاف نظم عمومی است. با این استدلال که اصل بی طرفی «از ارکان اصلی یک رسیدگی عادلانه بوده و تا آنجا که مسأله قضاوت و داوری در میان باشد، باید از جمله اصول عقلی دانسته شود. زیرا عدالت در قضاوت، دست کم به مفهوم عدالت عملی، قدر مشترک همه نظام‌های حقوقی عرفی و شرعی است و از جمله اصول اجباری دادرسی است که حتی به وسیله خود طرفین قابل عدول نبوده و آزادی آنان در تنظیم آیین داوری را محدود می‌کند» (جنیدی ۱۳۸۱، ۲۶۰). در همین راستا دادگاه استیناف آلمان اظهار نظر کرده است: «بی طرفی داوران یک اصل اساسی نظم عمومی جمهوری فدرال آلمان و نظم عمومی بین‌المللی

<sup>1</sup> Social identity theory.

است» (جنیدی ۱۳۷۶، ۱۳۶). برخی نویسندگان نیز «الزام استقلال داور را به یک نظم عمومی دادرسی فراملی» (کوهن ۲۰۱۱، ۶۲۴) نسبت داده‌اند.

دادگاه پژوهش ایالت کبک کانادا نیز عدم رعایت استقلال و بی‌طرفی داور را از مصادیق نقض نظم عمومی تلقی و رأی صادره را باطل کرد. در این دعوا «موضوع راجع به یک قرارداد کشتی‌سازی بود. از آنجا که دولت کبک کمک هزینه سازنده را تأمین می‌کرد، یک وزیر دولت کبک برای تضمین اجرای تعهدات سازنده، قرارداد مزبور را امضا نمود. هم‌چنین قرارداد مزبور برای حل و فصل اختلافات متضمن یک شرط داوری بود که اتفاقاً توافق شده بود شخص وزیر نیز به عنوان داور به اختلافات رسیدگی کند. دادگاه پس از بیان این مطلب که استقلال و بی‌طرفی ویژگی مهم داوری است، این گونه اظهار نظر نمود که شرطی که به موجب آن توافق می‌شود اختلافات ناشی از قرارداد توسط یکی از طرفین قرارداد حل و فصل شود متناسب با شرایط استقلال و بی‌طرفی نیست بنا بر این به واسطه مخالفت با نظم عمومی باطل می‌شود.»<sup>۱</sup> کوتاه سخن اینکه طرفین «در تعیین آیین حاکم بر داوری آزادی و اختیار عمل مطلق نداشته مکلف به رعایت قواعد آمره و نظم عمومی هستند. به عنوان مثال، اصولی از قبیل اصل استقلال و بی‌طرفی داور، از جمله اصول پذیرفته شده در عرصه داوری تجاری بین‌المللی و غیر قابل عدول از ناحیه طرفین و داوران محسوبند. زیرا این قبیل اصول مبتنی بر قواعد آمره و نظم عمومی در مفهوم ملی و فراملی آن محسوب می‌شوند» (شهبازی نیا، عیسایی تفرشی و علمی ۱۳۹۲، ۱۰۷). لذا با توجه به ماده ۹۷۵ قانون مدنی و ماده ۶ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۶ به نظر می‌رسد اختیار مقرر در ماده ۴۶۹ قانون آیین دادرسی مدنی استثنا است و ضرورت دارد در موضع نص تفسیر شود. هم‌چنین به نظر می‌رسد توافق طرفین در قالب ماده ۴۶۹ نیز برای دادگاه ایجاد تکلیف نمی‌کند، بلکه در صورت حصول توافق طرفین، دادگاه با در نظر گرفتن استقلال و بی‌طرفی شخص مورد نظر، «می‌تواند» وی را به عنوان داور انتخاب نماید.

قانون جدید آیین دادرسی مدنی فرانسه نیز قبل از اصلاحات صورت گرفته در سال ۲۰۱۱ در ماده ۱۴۵۲ مقرر نموده بود: «... داوری که یکی از جهات جرح را نسبت به خود صادق می‌داند موظف است طرفین دعوا را از این وضعیت مطلع نماید. در این صورت چنین داوری فقط با توافق طرفین مجاز به پذیرش داوری است.» اما قانون‌گذار قانون داوری اصلاحی، در

<sup>1</sup> Desbois v. Industries A.C Davie Inc. Court of Appeal of Quebec. Canada. 26 April 1990. (19901) Cal. 113619 (QC CA). available on the internet at <http://canlii.ca/lp/ig>.

سال ۲۰۱۱، با تکرار مضمون مفاد ماده مزبور در ماده ۱۴۵۶، از تکرار امکان توافق طرفین امتناع کرد و این‌گونه مقرر نمود: «... بر عهده داوران است که قبل از قبول مأموریت خود، هر گونه اوضاع و احوالی که ممکن است روی استقلال یا بی‌طرفی‌اش اثرگذار باشد را افشا نماید. همچنین داور موظف است بدون تأخیر چنین اوضاع و احوالی که ممکن است بعد از قبول سمت ایجاد شود را افشا نماید...».

انتقادات وارده بر مفاد ماده ۴۶۹ قانون آیین دادرسی مدنی ایران، قانون‌گذار ایرانی را بر آن داشته است که در لایحه اصلاحی قانون آیین دادرسی مدنی که در تاریخ ۹۲/۴/۲۵، در مجلس شورای اسلامی اعلام وصول گردیده از صدر ماده ۴۶۹ قانون آیین دادرسی مدنی عبارت «مگر با تراضی طرفین» را حذف کند. به موجب ماده ۴۶۹ اصلاحی و در صورت تصویب اشخاصی که بنا بر یکی از جهات مذکور در آن ماده فاقد صلاحیت هستند حتی با توافق طرفین نیز قابلیت انتخاب شدن به عنوان داور را ندارند.

به این ترتیب در مورد سیستم حقوقی ایران باید گفت، در حال حاضر در داوری تجاری بین‌المللی قانون‌گذار قایل به اطلاق تکلیف استقلال و بی‌طرفی داور است اما در داوری داخلی طرفین می‌توانند با توافق یک‌دیگر مبادرت به معرفی داوری نمایند که یکی از جهات جرح داور نسبت به او مصداق دارد. با تصویب لایحه ارسالی به مجلس شورای اسلامی، همان تکلیف استقلال و بی‌طرفی که بر سرداور قابل اعمال است بر داوران اختصاصی نیز قابلیت اعمال دارد. با این استدلال که «داور هر چند منتخب طرف دعوی و اختصاصی باشد نماینده او نیست بلکه نوعی قاضی است که حل و فصل اختلاف و اجرای عدالت را به عهده دارد» (صفایی، ۱۳۷۷، ص ۱۳).

### نتیجه‌گیری

اگر چه در داوری هیأتی که معمولاً مرکب از حضور سه داور است هر یک از طرفین مبادرت به معرفی یک داور می‌نماید اما باید هر گونه شبهه‌ای مبنی بر نقش وکالت چنین داوری را از ذهن زدود و پذیرفت که نقش انحصاری هر یک از طرفین در انتخاب یک داور مبتنی بر اراده مشترک طرفین است تا هر یک از طرفین، داوری را معرفی نماید که نسبت به مواضع و دلایلی آشنایی بیشتری دارد اما این آشنایی هرگز به معنای وابستگی و توجیه‌کننده طرفداری داور موصوف نیست. با این استدلال که قانون‌گذار بنا بر مصالحی به اشخاص اجازه داده است که دادرسی امور خویش را با توافق معین کنند و به جای مراجعه به دادگاه، داوری او

را بپذیرند. بنابراین داور کسی است که قانون به طور موقت و در مورد خاص وظیفه دادرسی را به او می‌سپرد و هنگام اجرای وظایف خویش یک مامور عمومی است (کاتوزیان، ۱۳۷۳، ۱۳۷).  
 ضرورت اعمال تکلیف استقلال و بی‌طرفی بر داور اختصاصی هر یک از طرفین، امروزه از چنان بداهتی برخوردار است که علاوه بر سیستم‌های حقوقی پیش گفته دیگر سیستم‌های حقوقی نیز با تبعیت از اطلاق مقرر در بند ۲ ماده ۱۲ قانون نمونه آنسیترال، آن را مطمح نظر قرار داده‌اند که از آن جمله می‌توان به بند ۲ ماده ۱۰۳۶ قانون آیین دادرسی مدنی آلمان، مواد ۱۶۸۵ و ۱۶۸۶ کُد قضایی بلژیک و بند ۱ ماده ۱۰۳۳ قانون آیین دادرسی مدنی هلند اشاره کرد.

راجع به تجویز غیرخنثی بودن داور اختصاصی که در قواعد اخلاقی ۲۰۰۴ (که به طور مشترک توسط انجمن داورای ایالات متحده آمریکا و کانون وکلای ایالات متحده آمریکا) پیش‌بینی شده است باید گفت چنین فرصتی از شدت این تکلیف نمی‌کاهد. زیرا در صورت توافق طرفین مبنی بر حضور یک داور غیر خنثی، دیگر حمل عنوان داور به چنین شخصی موجه نیست و باید از او تحت عنوان «داور وکیل» یاد کرد که موظف است در دیوان داورای، سرداور را برای صدور رأیی به نفع طرفی که او را منصوب کرده است مجاب نماید با این استدلال که استقلال و بی‌طرفی از اوصاف جوهری هر داور است و کلیه داوران ملتزم به رعایت آن می‌باشند. در سیستم حقوقی ایران نیز گرچه قانون داورای تجاری بین‌المللی این مهم را مد نظر داشته است اما ماده ۴۶۹ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ (مقتبس از ماده ۶۴۵ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸)، که برگرفته از رویه قضایی قرن نوزدهم فرانسه است ضرورت دارد منطبق با ماده ۱۲ قانون داورای تجاری بین‌المللی مصوب ۱۳۷۶ اصلاح گردد.

## فهرست منابع

### الف) کتاب‌ها

- ۱- بارون، رابرت، بیرن، دان و برنسکامب، نایلا. (۱۳۹۰)، *روان‌شناسی اجتماعی*، ترجمه دکتر یوسف کریمی، چاپ چهارم، تهران، نشر روان.
- ۲- جنیدی، لعیا. (۱۳۷۶). *قانون حاکم در داورای‌های تجاری بین‌المللی*. تهران: نشر دادگستر.
- ۳- جنیدی، لعیا. (۱۳۸۱). *اجرای آرای داورای بازرگانی خارجی*. تهران: موسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی.
- ۴- خدابخشی، عبدالله. (۱۳۹۱)، *حقوق داورای و دعاوی مربوط به آن در رویه قضایی*، چاپ اول، تهران، انتشارات شرکت سهامی انتشار.

فصلنامه تحقیقات حقوق خصوصی و کیفری  
 شماره ۳۴، تابستان ۱۳۹۷

- ۵- شمس، عبدالله. (۱۳۹۵)، آیین دادرسی مدنی، ج سوم، چاپ بیست و نهم، تهران، انتشارات دراک.
- ۶- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۷۳). اعتبار امر قضاوت شده در دعوای مدنی، چاپ اول، تهران: نشر کانون وکلای دادگستری مرکز.
- ۷- مهاجری، علی. (۱۳۸۷). مبسوط در آیین دادرسی مدنی، ج چهارم، چاپ اول، تهران: نشر فکر سازان.

### مقالات

- ۸- افتخار جهرمی، گودرز. (۱۳۷۸) «تحولات نهاد داوری در قوانین موضوعه ایران و دستاورد آن در حوزه داوری بین‌المللی»، فصلنامه تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی، ش ۲۷-۲۸. صفحات ۱۳-۴۴.
- ۹- دووریز، هنر؛ (۱۳۷۶) «داوری تجاری بین‌المللی»، ترجمه دکتر محسن محبی مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی، شماره ۲۱. صفحات ۴۳-۷۰.
- ۱۰- سیفی، سیدجمال، (۱۳۷۷) «قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران همسو با قانون نمونه آنسیترال»، مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران، شماره ۲۳. صفحات ۳۵-۸۲.
- ۱۱- شمس، عبدالله. بطحائی سید فرهاد، (۱۳۹۴) «ماهیت حقوقی داوری»، فصلنامه تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۷۰. صفحات ۱ تا ۲۹.
- ۱۲- شمس، عبدالله. بطحائی سید فرهاد، (۱۳۹۶) «معیار تشخیص استقلال و بی‌طرفی داوری»، فصلنامه تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۷۷. صفحات ۳۹ تا ۶۵.
- ۱۳- شهبازی نیا، مرتضی، عیسایی تفرشی محمد و علمی حسین. (۱۳۹۲). «مفهوم نظم عمومی در حقوق بین‌الملل خصوصی و جایگاه آن در داوری تجاری بین‌المللی». فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۴۳ شماره ۱.
- ۱۴- صفایی، سید حسین، (۱۳۷۷) «سخنی چند درباره نوآوری‌ها و نارسایی‌های قانون داوری تجاری بین‌المللی»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ش ۴۰. صفحات ۵-۳۹.

### (ج) لاتین

- 15- Bom, G B. (2014) *International Commercial Arbitration*, The Netherlands. Kluwer Law International. Volume II.
- 16- Clay, T. (2000) *L'arbitre*. Paris: Dalloz.

- 17- David, R. (1982) *l'Arbitrage dans le Commerce International*, Economica.
- 18- Fouchard, PH., Gaillard, E & Goldman, B. (1996) *Traité de L'arbitrage commercial international*. Paris, Litec.
- 19- Henry, M. (2001) *Le Devoir d'Indépendance de l'Arbitre*. Paris, L. G. D. J.
- 20- Cohen, D. (2011). «Indépendance des Arbitres et Conflit d'Intérêts.» *Revue de l'arbitrage*. N°3.
- 21- Mustill, L. (1991). «Vers une nouvelle loi anglaise sur l'arbitrage.» *Revue de l'arbitrage*. N°2.
- 22- *Revue de l'arbitrage*. (1975). N°3.
- 23- *Revue de l'arbitrage*. (1985). N°1.
- 24- *Revue de l'arbitrage*. (1987). N°1.
- 25- *Revue de l'arbitrage*. (1999). N°2.
- 26- Lieberman, S. H. (2004) *Something's Rotten in the State of Party-Appointed Arbitration*. Healing Adr's Black Eye That is “ Nonneutral Neutrals ”, p 221. Available at: <http://cardozoicr.com/vol5no2/CAC209.pdf> last visited: 29/6/2017.
- 27- Poudret, J F et Besson, S. (2002) *Droit Comparé de l'Arbitrage International*, Paris, LGDJ.
- 28- . Stone, S. A. and Won, J. C. Arbitrator Impartiality In the Context of a Tripartite Tribunal. Available at: <http://www.americanbar.org>
- 29- <http://ical.ir/index.php?option=Last> visited: 18/2/2018.

