

تحلیل حقوقی ماهیت توافقنامه داوری با تأکید بر جایگاه حقوقی داور

نجداعلی الماسی*

استاد بازنشسته گروه حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

فریدون نهرینی

دانشیار گروه حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

رضا مسعودی

دکتری حقوق خصوصی دانشگاه تهران (پردیس بین‌المللی کیش)

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۵/۹/۳۰ - تاریخ تصویب: ۱۳۹۵/۱۲/۲۰)

چکیده

تبیین ارکان یک توافقنامه داوری و تحلیل آن در پیوند با قواعد عمومی قراردادها در حقوق ایران، در تعیین نوع و میزان اعتبار این توافقنامه‌ها و همچنین جایگاه حقوقی داور تأثیر اساسی دارد. به‌علاوه همین تحلیل، در نوع و میزان مسئولیت داور مؤثر است. در این مقاله با بررسی نظریات موجود در خصوص جایگاه حقوقی داور از جمله «شبه‌قضایی بودن» یا «قراردادی» بودن آن، پس از ذکر محاسن و معایب هر یک، میزان و نوع مسئولیت داور در هر یک از این نظریات بررسی و با در نظر گرفتن وجود یک توافقنامه داوری در هر دو صورت، تأثیر این توافقنامه بر جایگاه حقوقی و برعکس مطالعه می‌شود. در ادامه با ارائه تحلیلی کارکردگرایانه در خصوص ماهیت حقوقی یک توافقنامه داوری تفسیری منعطف با عنوان نظریه «قرارداد در قرارداد» ارائه می‌شود که دربردارنده محاسن هر دو نظریه قراردادی و شبه‌قضایی است و تا حد امکان از معایب آنها خواهد کاست. سمت داور و طرفین در برابر یکدیگر مبتنی بر همین تحلیل، بیان و با نقد نظریات مختلف در خصوص سمت داور، نظریه «قاضی خصوصی» به‌عنوان مناسب‌ترین دیدگاه در خصوص سمت داور مطرح می‌شود.

واژگان کلیدی

توافقنامه داوری، شبه‌قضایی داور، قاضی خصوصی، مسئولیت داور.

۱. مقدمه

شناسایی یا عدم شناسایی هر گونه مسئولیت برای داور در داوری قراردادی، مستلزم تبیین ماهیت و نوع رابطه داور با طرفین توافقنامه است. علاوه بر آنچه بین داور و طرفین وجود دارد، روابطی مستقیم و غیرمستقیم در ارتباط با فرایند رسیدگی بین داور و اشخاص ثالث برقرار می‌شود که گاهی می‌تواند موجب ایجاد مسئولیت برای وی شود. اینکه داور در نظام‌های حقوقی مختلف چه جایگاه و مرتبه‌ای دارد و اساساً نوع نگرش حقوقی به جایگاه داوری چگونه است، می‌تواند اولین گام در راه بیان وضعیت عملکرد وی و نتایج حاصل از آن در روند داوری باشد. در خصوص جایگاه و منزلت داوری در نظام‌های حقوقی مختلف دو نظریه اصلی و کاملاً دور از هم وجود دارد که پذیرش هر کدام از آنها آثار و تبعات بسیار متفاوتی را در پی خواهد داشت. نظریه نخست در این زمینه که زائیده تفکر حقوق نوشته بوده و براساس مبانی سنتی آن بنا شده، بر این باور است که رابطه داور و طرفین یک "رابطه قراردادی" است و اساساً داور فردی است که توسط طرفین توافقنامه و با هدف حل اختلاف به خدمت گرفته شده است. نظریه دیگر که ناشی از نگرش حقوقدانان کامن‌لا به داوری است بر این اعتقاد است که داور، فارغ از رابطه قراردادی و بلکه برتر از آن، شأن "شبه قضایی" دارد و به لحاظ جایگاهی که در آن قرار دارد، جز در موارد اندک، تفاوت چندانی با قاضی ندارد. پذیرش هر یک از این دیدگاه‌ها به لحاظ آثاری که به خصوص در مورد مسئولیت داور برجا می‌گذارد، بسیار با یکدیگر متفاوت است.

۲. نظریه «شبه قضایی» بودن جایگاه حقوقی داور

مطابق با این تفکر، داور دارای همان شأن و منزلت و البته حقوق و تکالیف قاضی رسمی دادگستری است. این نگرش در مورد داور، که بیشتر زائیده حقوق کامن‌لاست، تأکید می‌کند که داور در واقع همان مسئولیت‌ها و مصونیت‌های قضات را خواهد داشت و انتخابش توسط طرفین تأثیر چندانی بر جایگاهش نخواهد گذاشت. بیشتر حقوقدانان کامن‌لا داور را همانند قاضی، سرباز عدالت می‌دانند و قوانین را نیز در راستای حمایت از چنین نگرشی تفسیر می‌کنند. حتی خود قضات دادگستری در کامن‌لا نیز بر این موضوع پای می‌فشارند که داور همانند قاضی در خدمت عدالت است و نه در خدمت طرفین، قاضی دونالدسون در تبیین جایگاه داوری می‌گوید: «دادگاه‌ها (قضات) و داوران هر دو مشغول انجام یک کارند، یعنی

1. contractual relationship.
2. quasi-judicial.

اجرای عدالت»^۱ این نگرش در اولین نگاه، از لحاظ عملی، بسیار از نظریه قراردادی مفیدتر و منطقی‌تر است، چراکه استقلال و اعتبار نهاد داوری را تضمین کرده و آن را هم‌شأن نهاد قضاوت توصیف می‌کند، هم داور و هم طرفین را متوجه این واقعیت می‌سازد که هدف از انجام داوری به خدمت طرفین درآمدن داور نیست، بلکه هدف آن است که اختلاف طرفین به صورت محرمانه، سریع و با کمترین هزینه حل و فصل شود. طرفداران این نظریه به لحاظ عملی نیز، رأی داوری را از نظر شناسایی و اجرا همسنگ احکام قضایی دانسته و برای آن اعتباری عالی قائل شده‌اند، تمامی روش‌ها و اصول آیین دادرسی را در خصوص روند رسیدگی داوری و احکام ناشی از آن جاری و قابل قبول در ساختارهای رسمی قضایی دانسته و بر آن تأکید کرده‌اند؛ موضوعی که در داوری داخلی کشور ما نیز به درستی بر آن تأکید شده است.^۲

۲.۱. آثار نظریه «شبه قضایی» بر مسئولیت داور

اینکه جایگاه حقوقی داور را شبه قضایی صرف توصیف کرده و داور را در هر مرحله دارای چنین جایگاهی بدانیم، اندکی با واقعیت‌های این سازوکار در تعارض است. چه پذیرفتن چنین نظری به صورت مطلق موجب نادیده انگاشتن قرارداد داوری به عنوان نقطه پیدایش این روند و بخشی از بدنه آن خواهد بود. روشن است که تحلیل فرایند داوری بدون در نظر گرفتن توافقنامه مربوط عملاً مقدور نیست. به علاوه دور کردن داور از تعهدات قراردادی در مقابل طرفینی که خود ایشان در انتخاب وی دارای ابتکار و اختیار عمل بوده‌اند، از اقبال اشخاص درگیر در اختلاف به استفاده از این مکانیزم برای حل اختلافاتشان خواهد کاست. نظریه شبه قضایی از آن نظر که تمایل به تقویت احترام و اعتبار جایگاه حقوقی داوری و آرای صادره از آن را دارد، مفید فایده و مقبول است، اما باید دانست که جایگاه حقوقی داور، هر آنچه نزدیک به جایگاه حقوقی قضاوت باشد، با آن یکی نیست. حتی در حقوق آمریکا که بیشترین توجه را به تقویت دکترین شبه قضایی داشته، به برخی از تفاوت‌های بنیادین بین داوری و قضاوت اذعان شده است (Redfern & Hunter, 2009: 283). با وجود این در دل نظریه «شبه قضایی» بودن جایگاه داوری، اقسامی برای مسئولیت داور تعریف و ارائه شده است که در ادامه بررسی می‌شود.

1. "courts and arbitrators are in the same business, namely the administration of justice" (Donaldson J. in *Bremer Schiffban v. South India Shipping Corp. Ltd* 1981 jan.22.).

۲. برای مطالعه توصیف کامل نظریه مصونیت قضایی داوران و نظرهای مربوط به آن ر.ک: هاوس میننجر، کریسین، ترجمه میرفرخانی، محمدجواد، «مسئولیت مدنی داوران، مطالعه‌ای تطبیقی همراه با پیشنهادهای اصلاحی»، مجله حقوقی دادگستری، ش ۱۴ و ۱۵، ص ۲۳۴ - ۲۲۷.

۲.۱.۱. مصونیت مطلق

پیش از ورود به این بحث شایان ذکر است که مراد از واژه «مصونیت» در این سطور، مصونیت از پرداخت خسارت و در واقع مصونیت داور از «مسئولیت مدنی» است که ممکن است مبنی بر هر یک از نظریه‌های تقصیر، مسئولیت محض یا مسئولیت مطلق، در نظام‌های حقوقی مختلف مورد بحث واقع شود. به عبارت دیگر، در اینجا از ورود در مباحث کیفری به مفهوم خاص آن پرهیز کرده‌ایم. با توجه به آنچه گفته شد، باید بدانیم که نظریه مصونیت مطلق، داور را از هر گونه ادعا در خصوص خساراتی که به نحوی می‌توان به وی مربوط دانست، معاف دانسته و تلاش می‌کند مسئولیت داور را با توجه به هدف و جایگاه نهاد داور حتی از مرتبه قضات نیز بالاتر نشان دهد و ایشان را از هر نظر در مقابل خسارات احتمالی مصون اعلام کند (Arnold, 1998: 78). به نظر می‌رسد در این نگرش جایگاه حقوقی داور را بیشتر قضایی تعریف کرده‌اند تا شبه قضایی، چراکه وی را دارای مصونیت مطلق و از هر گونه مسئولیت معاف می‌دانند. نظریه مصونیت مطلق در واقع وجه افراطی دیدگاه شبه قضایی است و با غبطه طرفین و حتی خود داور نیز سازگاری ندارد (Hunter, 1993: 43). باید دانست که وجود چنین بستر امنی می‌تواند موجب تشویق بی‌دقتی در داور شود و وی را به برقراری عدالت بی‌توجه کند. اینکه بخواهیم وی را دارای مرتبه قضات بدانیم افراط است، چراکه داور با همه آنچه در این دیدگاه می‌توان به وی نسبت داد، همچنان داور است و نه قاضی، به علاوه امروزه حتی در بسیاری از کشورها قضات را هم در مقابل خطاهای فردی‌شان مسئول شناخته و موظف به پاسخگویی دانسته‌اند (Tsakatoura, 2002: 47). عمده‌ترین دلیل ذکر شده در حمایت از چنین نظری حمایت از «حقوق قابل مقایسه داوران و قضات در جهت اجرای اعمال قضات و شان»^۱ است، در حالی که به نظر نگارنده چنین مصونیتی به دلیل ایجاد امنیت مطلق برای داور بیشتر موجب تخریب و سقوط اوست تا حمایت و حفاظت از وی. این دیدگاه بیشتر در داور فدرال آمریکا و توسط قضات فدرال حمایت و تقویت شده است، اگرچه قوانین داور فدرال ایالات متحده آمریکا در این خصوص تصریحی ندارد و این موضوع در آنجا سکوت است. اما از آنجا که تفسیر و جهت‌دهی قوانین به دست قضات است، این سکوت توسط قضات به استناد نظم عمومی و حمایت از جایگاه شبه قضایی داوران و همچنین جلوگیری از به چالش کشیده شدن داوران توسط طرفین، متمایل به اعمال تفسیری متناسب با نظریه مصونیت مطلق است و از مسئول دانستن داوران خودداری ورزیده (Mourre, 2006: 176). شاید یکی از دلایل چنین عملکردی تمایل بیشتر قضات با سابقه در این کشور به فعالیت در زمینه داور تجاری

1. "the performance of the function of resolving disputes between parties authoritatively adjudicating private rights" Antoine v. Bryer & Anderson, 429, 435-36 (1992).

پس از بازنشستگی باشد که ایشان را به ایجاد رویه مصونیت مطلق برای شغل دوران بازنشستگی‌شان تشویق می‌کند. برای مثال یک قاضی آمریکایی در یکی از سمینارهای داوری خطاب به داوران حاضر چنین می‌گوید: «داوران می‌توانند با مصونیت (مطلق) به فعالیت بپردازند، به دلیل آنکه برای ایشان فعالیت در چنین جامعه‌ای مطلوب است، اگرچه کسانی که بازنده (رأی داوری) اند، ممکن است در این خصوص (مصونیت مطلق) ناراضی باشند و گلایه کنند، (با وجود این) قضات از مصونیت شما محافظت خواهند کرد».^۱ با وجود تبعات منفی مصونیت مطلق داوران در هر سیستمی، به نظر می‌رسد در حال حاضر رویه قضایی در آمریکا در جهت تثبیت این نگرش گام برداشته و به تبعات آن نظر ندارد. جالب آنکه این تنها رویه قضایی آمریکا نیست که مایل به مصونیت مطلق داوران از مسئولیت است، بلکه بسیاری از نهادهای فعال داوری بین‌المللی مانند AAA, LCIA, ICC, نیز برای حفاظت از داوران خود، با گنجاندن شروط عدم مسئولیت در قوانین و توافقنامه‌های داوری در این راه قدم برداشته‌اند. برای مثال در ماده ۳۴ قوانین ICC پیش از اصلاحات ۲۰۱۲ چنین آمده بود: «داوران، محکمه داوری و اعضای آن، نهاد داوری ICC و کسانی که در آن مشغول به کارند و کمیته ملی ICC در مقابل هر فعل یا خطایشان در برابر هر کس که به نحوی با داوری در ارتباط است، مسئولیتی نخواهند داشت».^۲ درست است که از نظر تکنیکی این مورد مصونیت در داوری نبوده و در واقع شرط ساقط‌کننده مسئولیت است، به لحاظ اثر و نتیجه تفاوت چندانی با وضعیت مصونیت مطلق نداشت و در واقع واجد همان اثر بود. به علاوه گنجاندن چنین شروطی در بسیاری از سازمان‌ها و نهادهای مربوط به داوری مرسوم شده بود^۳ که به نظر نگارنده در بلندمدت می‌توانست موجب تضعیف اقبال اشخاص تجاری نسبت به داوری شود، آی‌سی‌سی البته در اصلاحات ۲۰۱۲ نسبت به اصلاح ماده مذکور اقدام کرده و آن را به مفهوم مصونیت نسبی نزدیک کرد. ماده ۴۰ که در واقع همان ماده ۳۴ سابق است، شرط عدم مسئولیت را ذکر کرده و در پایان اضافه می‌کند: «...مگر آنکه چنین تحدید مسئولیتی توسط قانون حاکم بر داوری منع شده باشد».^۴ چنین اصلاحی در واقع تیری است که سه نشان را هدف قرار داده

1. "Arbitrators may act with impunity, for theirs is a favored community, Though losers may whine. And even malign, Judges will guard your immunity" (Martin Hunter, *Arbitration International*, vol. 9 no.3, 1993, p.329).

2. "Neither the arbitrators, nor the Court and its members, nor the ICC and its employees, nor the ICC National Committees shall be liable to any person for any act or omission in connection with the arbitration".

۳. برای مثال بند C ماده ۸ قوانین مربوط به اتاق «داوری و میانجی‌گری ایالات متحده» و ماده ۳۵ قواعد داوری شرکت «Better Business Bureau» در آمریکا واجد چنین شروطی‌اند.

4. "The arbitrators, any person appointed by the arbitral tribunal, the emergency arbitrator, the Court and its members, the ICC and its employees, and the ICC National Committees and Groups and their employees and representatives shall not be liable to any person for any act or

است؛ اول حل تعارض احتمالی موجود بین قانون حاکم بر قراردادهای که محتمل بود چنین شرطی را معتبر نشناسد؛ دوم گریز از ایجاد مصونیت مطلق برای داور و پرهیز از معایبی که ذکر شد؛ سوم باز گذاردن دست طرفین برای انتخاب قانون حاکم با توجه به این موضوع، اینکه قانون حاکم به علاوه همه آنچه در نظر ایشان است، آیا مسئولیت داور را به رسمیت می‌شناسد یا خیر و اگر برای داور مسئولیتی قائل است، حدود آن تا چه حد خواهد بود.^۱

۲.۱.۲. مصونیت نسبی^۲

مصونیت نسبی داوران نظریه‌ای است که در مقام مقایسه با مصونیت مطلق، معقول‌تر و در جهت توازن رابطه داور و طرفین و دیگر اشخاص مربوط به روند داوری گام برداشته است (Arnold, 1998:122). مصونیت نسبی مسئولیت داوران را به صورت محدود و معمولاً در شرایطی که خطای فاحش داوری موجب بروز خسارت به طرفین یا اشخاص دیگر شده باشد، پذیرفته است و در این گونه موارد داوران را مسئول جبران خسارت می‌داند. بدین ترتیب در حقوق کشورهای که مبتنی بر نظریه شبه قضایی برای داوران قائل به مصونیت نسبی‌اند، اصل مصونیت داوران از هر گونه مسئولیت است، مگر آنکه در موارد و شرایط خاصی به مسئولیت آنها تصریح شده باشد (Frank, 2000: 68). پس چنانچه نسبت به مسئولیت تصریح شده باشد (چه در قرارداد داوری و چه در قوانین موضوعه)، داور در موارد مصرح مسئول است، در غیر این صورت نسبت به هر ادعایی دارای مصونیت خواهد بود (Von der Berg, 1990: 86). مثال بارز این مورد را می‌توان در حقوق انگلیس یافت. مطابق با بند ۱ ماده ۲۹ قانون داوری ۱۹۹۶ انگلیس: «داور در مقابل فعل یا ترک فعلی (در روند داوری) که در راستای انجام وظایفش به‌عنوان داور از آن کوتاهی کرده، یا ادعا شده که کوتاهی کرده است مسئول نیست، مگر آنکه فعل یا ترک فعل مذکور نشان دهد که وی (در راستای انجام وظایفش) سوءنیت داشته است».^۳ بدین ترتیب داور در انگلستان علی‌الاصول مسئولیت ندارد، مگر آنکه عمل وی توأم با سوءنیت باشد، مثلاً داور با تبانی با یکی از طرفین در زمینه لحاظ اثر سند ارائه شده توسط طرف دیگر در رأی خود سستی کند، اما در همین مثال چنانچه از رهگذر این بی‌توجهی به سند ارائه شده ضرری متوجه یک طرف یا هر دو طرف اختلاف شود و این سستی با عامل سوءنیت داور همراه نباشد، نمی‌توان وی را مسئول ضرر و زیان وارده دانست. به نظر نگارنده نظریه

omission in connection with the arbitration, except to the extent such limitation of liability is prohibited by applicable law”.

1. Hunter, Martin, op.cit.pp.40.

2. Qualified immunity.

3. “ An arbitrator is not liable for anything done or omitted in the discharge or purported discharge of his functions as arbitrator unless the act or omission is shown to have been in bad faith”.

مصونیت نسبی در مقایسه با مصونیت مطلق کارکرد مناسب‌تری خواهد داشت، چراکه مصونیت حداکثری و مسئولیت حداقلی بهترین شیوه حمایت از جایگاه حقوقی داوران است (Frank, 2000: 87). این نگرش علاوه بر آنکه از داور حمایت می‌کند و در بیشتر مسائل وی را معاف از مسئولیت دانسته، در برخی موارد، وی را منطبق با شرایط و ضوابطی که برای او ترسیم کرده مسئول شناخته است. در واقع اثر ماده ۴۰ اصلاحی قوانین مربوط به آ‌سی‌سی نیز می‌توان به نوعی مصونیت نسبی تشبیه کرد، هرچند این ماده به لحاظ تکنیکی شرط تحدیدکننده مسئولیت است.

۳. نظریه «رابطه قراردادی»^۱

اینکه داوری براساس قرارداد اولیه بین طرفین اختلاف (چه به صورت شرط داوری و چه قرارداد مستقل) شکل می‌گیرد و با توافق بین ایشان پدید می‌آید، بسیاری از نویسندگان حقوق نوشته را بدین نظر متمایل کرده که اساس آن را قراردادی دانسته و بر این مبنا به تجزیه و تحلیل نهاد داوری بپردازند. به نظر این دسته از محققان، اساس اعتبار داوری «توافقنامه» داوری است. طرفداران^۲ این نظریه که بیشتر حقوقدانان حقوق نوشته‌اند^۳، بر این باورند که طرفین با انتخاب داور، وی را مأمور پایان دادن به اختلاف خود کرده‌اند. در این مسیر، داور و طرفین صرفاً حقوق و وظایفی دارند که در مفاد قرارداد ذکر شده و داور فارغ از توافقنامه مربوطه جایگاه دیگری نخواهد داشت. به عبارت دیگر، در چنین حالتی داور به ازای دریافت اجرت، متعهد می‌شود به رفع اختلاف طرفین از طریق صدور رأی مقتضی بپردازد. نظریه قراردادی بر این دیدگاه پافشاری می‌کند که نهاد داوری اعتبار و مشروعیتش را از توافقنامه داوری می‌گیرد و داور مستقل از توافقنامه داوری جایگاهی نخواهد داشت (Born, 2014: 118). به اعتقاد باورمندان به این نظریه، هر آنچه در یک داوری قراردادی باید در مورد آن سخن گفت، از دل توافقنامه مربوطه برون خواهد آمد و این توافقنامه داوری است که آزادانه خواهد توانست در خصوص قوانین حاکم بر آیین رسیدگی و ماهیت موضوع تصمیم‌گیری کند و در صورت سکوت نیز باز

1. contractual school.

2. Merlin, Foelix, Ballardore-Pallieri, Bernard and Klein and Kellor in France, Domke and Kitagawa outside France. See generally Stone, A Paradox in the Theory of Commercial Arbitration, 21 ARB. J. 156, 182 (1966); MARTIN DOMKE, COMMERCIAL ARBITRATION 31 (1965), who stated that "the express intent of both parties to enter into the arbitration agreement is essential existence." Kitagawa, Contractual Autonomy, in INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION: LIBER AMICORUM FOR MARTIN DOMKE 133, 138 (Pieter Sanders ed., 1967), who believes that "the binding force of the arbitration agreement comes from 'pacta sunt servanda' as well as other ordinary contracts without any state authorization."

3. Merlin, Foelix, Ballardore-Pallieri, Bernard and Klein and Frances kellor.

هم توافق و نظرهای طرفین به عنوان منبع تصمیم‌گیری باید مدنظر قرار گیرد^۱ یا توابعی از آنچه بتوان آن را نزدیک به نظر طرفین تفسیر کرد.^۲ در صورت پذیرش چنین نگرشی، مبنای مسئولیت داور تنها تخطی از وظایفی است که مطابق با توافقنامه بر عهده وی قرار گرفته است و داور در غیر موارد تعیین‌شده دارای مسئولیت مدنی به مفهوم خاص آن است. جالب آنکه این نگرش به دکتترین محدود نشد و در سال ۱۹۸۶ در دعوی Cereals S.A. v Tradax Export S.A^۳ سر از رویه قضایی انگلیس درآورد. دادگاه انگلیسی در این خصوص اعلام کرد: «پذیرش داوری توسط داوران، آنها را به یکی از طرفین قرارداد داوری تبدیل کرده و تمامی اشخاصی که در یک روند داوری قراردادی حضور دارند جزء موضوع توافقنامه داوری‌اند و تعهداتشان توسط مفاد توافقنامه مربوطه تعیین خواهد شد»^۴. بدین ترتیب جایگاه داوری در رأی مورد اشاره به صراحت به عنوان یک جایگاه قراردادی مورد بحث قرار گرفته و داور را به عنوان یکی از اشخاص طرف قرارداد شناسایی و مورد بحث قرار می‌دهد. پیروی از نظریه «قراردادی» در رأی K/S Norjarl A/S v. Hyundai Heavy Industries Co. Ltd^۵ به سال ۱۹۹۱ نیز ادامه یافت و دادگاه انگلیسی این بار به صورت شدیدتری به تقویت این دیدگاه پرداخت و اعلام کرد که وظیفه داور آن است که داوری را با «تلاش مناسب در برابر یک دستمزد متناسب با آن تلاش به انجام برساند»^۶. به هر روی بسیاری از حقوق‌دانان و قضات در سراسر دنیا، به دلیل وجود ریشه‌های فلسفی فردگرایانه، به پیروی از این نظر می‌پردازند.

۳. ۱. آثار نظریه قراردادی بر مسئولیت داور

اولین و در واقع مهم‌ترین اثر قراردادی دانستن جایگاه حقوقی داور آن است که وی مسئولیت مستقیم قراردادی دارد. به عبارت دیگر، صرف استواری جایگاه داور بر توافقنامه داوری وی را در برابر طرفین به طور مستقیم^۷ و اشخاص ثالث به طور غیرمستقیم^۸ پاسخگو خواهد ساخت. داور مبتنی بر آنچه براساس توافقنامه بر عهده گرفته و براساس توصیفی که حقوق هر کشور از سمت وی در قرارداد (در صورت قراردادی دانستن رابطه داور و طرفین) ارائه می‌کند، مسئولیت خواهد داشت.

1. "Pacta sunt servanda".

۲. برای مثال انتخاب قانون حاکم با توجه به قاعده (Center of Gravity) یا (closest connection rule).

3. Cie Europeene de Cereals SA v. Tradax Export SA, [1986] 2 Lloyd's Rep. 301 (U.K.).

4. "It is the arbitration contract that the arbitrators become parties to by accepting appointments under it. All parties to the arbitration are, as a matter of contract, bound by the terms of the arbitration contract."

5. (K/S Norjarl A/S v. Hyundai Heavy Industries Co. Ltd., [1991] 3 All ER 211 (CA) (U.K.)

6. "conduct the arbitration with due diligence and at a reasonable fee".

7. responsabilité contractuelle.

8. responsabilité délictuelle.

۳.۱.۱. مسئولیت قراردادی

مسئولیت قراردادی را می‌توان بسته به شرایط و مذاکرات داور با طرفین و همچنین قواعد داوری حاکم بر آن قرارداد در قرارداد مربوطه تحدید کرد، به نحوی که داور را قادر سازد میزان مسئولیت خود را تا حد مقدور کاهش دهد. شایان ذکر است که این تحدید مسئولیت حتی در صورت تصریح در توافقنامه نمی‌تواند شامل خسارات ناشی از عدم رعایت اصول مسلم و قواعد امره داوری مانند اصل بی‌طرفی و رسیدگی منصفانه و مانند آن شود. به علاوه چنین تمهیداتی به هیچ عنوان نمی‌تواند در مواردی که مطابق با اصول پذیرفته شده در هر کشور (مسئولیت مبتنی بر تقصیر، مسئولیت محض یا مطلق) داور دارای مسئولیت است، رافع مسئولیت غیرقراردادی وی گردد؛ یعنی شرط تحدید مسئولیت در توافقنامه داوری تنها می‌تواند مسئولیت قراردادی وی را پوشش دهد و امکان کاستن از مسئولیت وی در بحث مسئولیت قهری دور از ذهن به نظر می‌رسد. مثلاً تصور کنید در جایی که به دلیل تعلل داور در بحث رسیدگی، شاهدهی که برای ادای شهادت به مقر داوری سفر کرده است مجبور شود به جای یک روز اقامت طبق برنامه هماهنگ شده، سه روز بماند و در نتیجه هزینه وی سه برابر شود، اگر مبنای مسئولیت مدنی در اینجا، نظریه تقصیر باشد و داور مطابق با قواعد مذکور مسئول شناخته شود، شرط عدم مسئولیت داور در توافقنامه داوری مربوط رافع مسئولیت داور در برابر گواه (ثالث) قابل استناد نخواهد بود و داور مسئول جبران ضرر وارد شده بر شاهد خواهد بود. البته به نظر نگارنده راه حل مفید در این زمینه بیمه مسئولیت مدنی برای داور است که می‌تواند گریبان وی را در این موارد و موارد مشابه از دست زیان دیده رها سازد، به شرطی که تقصیر وی غیرعمد باشد.^۱ مهم ترین دلیل مدافعان چنین نگرشی وجود امکان «تحدید مسئولیت» و حتی درج «شرط عدم مسئولیت» در توافقنامه‌های داوری است، بدین مضمون که چنانچه ما داوری را یک رابطه قراردادی فرض کنیم، این امکان را در اختیار داور قرار می‌دهیم تا با قرار دادن شروطی در متن توافقنامه، مسئولیت‌های احتمالی را به طور کلی یا جزئی از خود رفع کند. به نظر طرفداران این نظریه در واقع نماینده قراردادی دانستن یک داور، این باور را تقویت می‌کند که داور تنها در حدود و حیطه وظایف و اختیارات تصریح شده در توافقنامه مسئول است و فارغ از آن مسئولیتی نخواهد داشت.

۱. برای مطالعه بیشتر در خصوص بیمه مسئولیت مدنی ر.ک: ایزانلو، ۱۳۷۸؛

E. Harrington, Scott " Tort Liability, Insurance Rates, and the Insurance Cycle" University of South Carolina, Columbia, S.C (harrington@moore.sc.edu). An article was prepared for the Brookings- Wharton Conference on Public Policy Issues Confronting the Insurance Industry, January 8-9, 2004, Washington, D.C.
Wagner, Gerhard "Tort Law and Liability Insurance" 2006 the Geneva papers, international association for the Study of Insurance Economics 1018-5895/06.

۳.۱.۲. امکان تحدید مسئولیت

با اصل دانستن مسئولیت در تئوری قراردادی بودن جایگاه داور، این نتیجه حاصل می‌شود که وی قادر خواهد بود تا در قرارداد داوری در زمینه کاستن از میزان مسئولیتش در مقابل طرفین قرارداد به‌عنوان متعهدله، مذاکره و اقدام کند. در واقع در دل همین تئوری حقوق‌نویسندگان حامی این نظریه بدان تصریح کرده‌اند.^۱ اما باز هم تأکید می‌کنیم که داور حتی در مسئولیت مستقیم قراردادی نیز قادر نخواهد بود در زمینه اعتبار رأی شروطی را قید کند یا برخلاف اصول امره داوری توافقی کند یا مستند به توافق قرارداد داوری برخلاف اخلاق حسنه و نظم عمومی مربوط به توافقنامه عمل نماید. چه آنکه تخطی از موارد یادشده در هر شرایطی مسئولیت وی را در پیش خواهد داشت. شایان ذکر است این تحدید مسئولیت همچنین نمی‌تواند خود تعهد اصلی قرارداد را نشانه رود، مثلاً داور را در صدور رأی یا حل اختلاف مخیر اعلام سازد یا وی را در مقابل عدم صدور رأی مصون از مسئولیت اعلام دارد، چراکه «نمی‌توان در یک زمان هم متعهد شد و هم نشد» (تره و همکاران، به نقل از ایزانلو، ۱۳۷۸: ۳۳). به‌علاوه باید در نظر داشت که منطبق با این تئوری، قرارداد داوری جز در موارد اصول و قواعد مصرح داوری، تابع قواعد عمومی قراردادها و شرایط عام تعهدات خواهد بود.^۲

۳.۱.۳. اسقاط کامل مسئولیت

همان‌طور که در بحث مصونیت مطلق گفتیم، در حال حاضر بسیاری از نهادهای داوری بین‌المللی با گنجاندن شروطی اقدام به اسقاط کامل مسئولیت داور و نهاد مربوطه در مقابل افرادی که به‌نحوی با سازمان مسئول در ارتباطند کرده‌اند، مثال بارز در این خصوص ماده ۳۴ سابق قوانین آی‌سی‌سی‌سی بود که بدان اشاره رفت. در اینجا یادآوری این مطلب ضروری است که چنین شرطی در دعاوی تجاری بین‌المللی حتی اگر جایگاه حقوقی آن را قراردادی بدانیم نیز، به‌دلیل شرایط ویژه آن قابل بحث و حتی قابل اعمال است، چنانکه آی‌سی‌سی‌سی چنین شرطی را در توافقنامه‌های داوری آن سازمان گنجانده و در حال حاضر نیز مورد استفاده است، اما در داوری‌های داخلی وضع اندکی متفاوت است، در نظام‌هایی که برای داوری جایگاه قراردادی قائل‌اند و داوری را یک روند خصوصی و قراردادی صرف توصیف کرده‌اند، ذکر

1. William Roley, David Kent and Markus Koehnen, op.cit.pp.12.

۲. برای مطالعه بیشتر در این خصوص ر.ک: ایزانلو، محسن، ۱۳۹۰، شروط محدودکننده و ساقط‌کننده مسئولیت در قراردادها، ج سوم؛ کاتوزیان، ناصر، ۱۳۶۸، ۱۳۶۸، ۱۳۶۴، حقوق مدنی، «قواعد عمومی قراردادها»، ج ۱، ۳ و ۴، انتشارات بهنشر؛ نظریه عمومی تعهدات، ج اول، نشر یلدا، ۱۳۷۴؛ کاظمی، محمود، آثار رضایت زیان‌دیده در مسئولیت مدنی، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه تهران، ۱۳۷۷.

چنین شروطی با موانع تعهدات مانند نظم عمومی در تعارض خواهد بود. همچنین این‌گونه کشورها که معمولاً داخل در حقوق‌نوشته‌اند، قوانین سخت‌گیرانه‌ای در خصوص مسئولیت مدنی به مفهوم عام آن دارند که اغلب اجازه اسقاط کامل مسئولیت قراردادی در هر شرایطی را به اشخاص حقوقی خصوصی نمی‌دهند (ایزانلو، پیشین، ش ۱۷۴-۱۶۲). پس اسقاط کامل مسئولیت در قراردادهای داوری دارای همان پیامدهای منفی است که در بحث مصونیت مطلق ذکر کردیم، به نظر نگارنده حتی در داوری‌های تجاری بین‌المللی نیز گنجانیدن شرط ساقط‌کننده مطلق مسئولیت حتی در صورت نبود موانعی مانند نظم عمومی^۱ موجب تضعیف این نهاد مهم و تأثیرگذار خواهد بود.

۴. تحلیل ماهیت توافقنامه داوری

بررسی ساختار و ارکان یک توافقنامه داوری صرف‌نظر از اینکه جایگاه داوری را قراردادی یا شبه‌قضایی بدانیم، بسیار مهم و تأثیرگذار است، موضوعی که شاید در حقوق ما کمتر بدان پرداخته شده باشد. چنین تحلیلی نه تنها به لحاظ تئوری، بلکه از نظر عملی نیز آثار بسیار مهمی دارد، از نظر تئوری این آگاهی را در پی خواهد داشت که نقطه شروع و پایان چنین قراردادی کجا خواهد بود و تعهدات هر یک از طرفین در چه زمانی و به چه ترتیب در مقابل یکدیگر شکل خواهد گرفت (Choi, op. cit: 122)، به لحاظ عملی اما پس از چنین تحلیلی می‌توان در بحث تعیین میزان و نوع مسئولیت داور در مقابل طرفین، نهادهای داوری و اشخاص ثالث و همین‌طور تعهدات احتمالی هر یک از ایشان در مقابل یکدیگر به نتایج ملموسی دست یافت. به علاوه تعیین تکلیف در این خصوص، اثر بسیار مهمی در بحث قائل شدن یا نشدن اعتبار امر مختومه برای آرای داوری در جایی که اثر این آرا با توافق طرفین نسبت به ایشان از بین می‌رود خواهد داشت.^۲ بنابراین بسته به اینکه جایگاه داوری را قراردادی بدانیم و قرارداد مذکور را در چه قالبی جای دهیم، آثار و تبعات آن نیز متفاوت خواهد بود که در ادامه بررسی می‌شود.

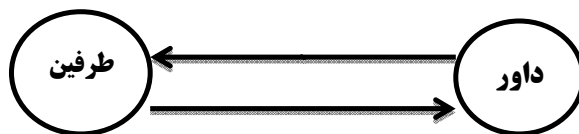
۱. البته به نظر نگارنده «نظم عمومی تجاری بین‌المللی» می‌تواند مانع از گنجانیدن چنین شروطی در قراردادهای مذکور شود، برای مطالعه مفهوم «نظم عمومی تجاری بین‌المللی» و اثر آن در داوری تجاری بین‌المللی رک:

“International Commercial Arbitration and Public Policy” (with principal reference to the laws of Australia, France, Switzerland, the United Kingdom and the United States) Tralinton, John, DOCTORAL DISSERTATION, UNIVERSITY OF TECHNOLOGY, SYDNEY, June 2003

۲. موضوع ماده ۴۸۶ قانون آیین دادرسی مدنی.

۱.۴. یک قرارداد با دو طرف

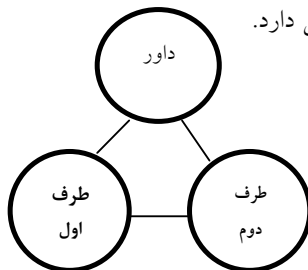
ساده‌ترین تحلیل در مورد نظریه قراردادی آن است که قرارداد داوری را یک توافقنامه با دو طرف داور و طرفین فرض کنیم.



البته پذیرش چنین فرضی هم به لحاظ تکنیکی و هم از نظر آثار با مشکلاتی مواجه است. به لحاظ تکنیکی با این مسئله مواجهیم که اولاً توافقنامه داوری در شروع با توافق طرفین اختلاف تشکیل و با پذیرش مسئولیت رسیدگی توسط داور تکمیل می‌شود. به عبارت دیگر، چنانچه با این فرض به بررسی موضوع پردازیم یک حلقه گمشده خواهیم داشت که همان قرارداد طرفین با یکدیگر است.^۱ اگر توافقنامه داوری را دوطرفه (بین داور و طرفین) بدانیم، تعهدات طرفین در مقابل یکدیگر از جمله تعهد به حل اختلاف از طریق داوری را به حساب نیاورده‌ایم، دوم اینکه توافقنامه داوری در ابتدا با ایجاب و قبول طرفین شکل می‌گیرد و در ادامه با قبول ایجاب طرفین توسط داور تکمیل می‌شود، بنابراین عملاً نمی‌توان چنین فرایندی را دوطرفه دانست، بلکه این قرارداد دارای سه شخص و دو تعهد است؛ اول تعهد طرفین در مقابل یکدیگر برای ارجاع موضوع به داوری، پذیرش و اجرای رأی ناشی از آن و دیگری تعهد داور و طرفین در برابر یکدیگر که موجب تکمیل توافقنامه داوری می‌شود. به نظر می‌رسد این توافقنامه اندکی پیچیده‌تر از آن است که بتوان آن را با نظریه قرارداد دوطرفه تبیین کرد.

۲.۴. قرارداد سه‌جانبه

برخی از طرفداران نظریه قراردادی بر این باورند که توافقنامه داوری در واقع واجد سه طرف است (در فرضی که طرفین اختلاف دو شخص باشند)، یعنی داور و هر یک از طرفین. به عبارت دیگر، توافقنامه داوری بین سه طرف منعقد می‌شود و هر یک از ایشان در مقابل دیگران حقوق و وظایف متقابلی دارد.



1. Arnold, Manfred, op.cit, July 1999: 57.

از آنجا که پیشتر در خصوص اعتبار قراردادهای سه‌جانبه گفت‌وگو شده است (صادقی نشاط، تابستان ۱۳۸۵)، لزومی به تکرار مسائل مذکور نیست، بنابراین در اینجا به این نکته می‌پردازیم که چگونه می‌توان تعهدات و حقوق هر یک از طرفین را تحت چنین عنوانی بررسی کرد. پرسش این است که چرا باورمندان به چنین دیدگاهی تعهدات حداقلی را برای طرفین و حداکثری را برای داور در نظر گرفته و حتی گفته‌اند «تا آنجایی که به طرفین مربوط می‌شود، آنها تحت قرارداد سه‌جانبه داوری، متعهد به پرداخت دستمزد داوران در مقابل خدماتی که ارائه می‌دهند می‌باشند»؛ یعنی تعهد طرفین در مقابل داور تنها به پرداخت هزینه داوری محدود می‌شود؟ طرفداران چنین دیدگاهی باید مشخص کنند که تعهد داور در مقابل هر یک از طرفین چه تفاوتی با تعهد یگانه‌ای وی در مقابل ایشان دارد و آیا اساساً جز آن است که داور پس از پذیرش داوری در یک قرارداد، تعهد یکسانی در مقابل هر یک از طرفین دارد که عبارت است از تلاش برای رفع اختلاف و صدور رأی مقتضی؟ آیا می‌توان این تعهد یگانه را که به تنهایی در مقابل دو طرف به‌وجود آمده، به تعهدی دوجانبه تفکیک کرد و داور را به‌طور جداگانه در مقابل هر یک از طرفین اختلاف مسئول دانست؟ اصلاً چه نیازی است که ما قرارداد داوری را سه‌جانبه بدانیم؟ باید دانست که کارکرد چنین نگرشی در مسئله مسئولیت در صورت وجود نیز یک منفعت حداقلی است در مقابل ضرر حداکثری که در تخریب جایگاه داوری به‌بار می‌آورد. داور هنگام ورود به یک قرارداد داوری بر این باور است که در مقابل طرفین به‌صورت مشترک متعهد به تلاش برای رفع اختلاف و صدور رأی است، نه اینکه در برابر هر یک از ایشان به‌طور جداگانه تعهدی بر عهده بگیرد. تعهد مرکب داور در مقابل طرفین وی را مستقلاً در برابر هر یک از ایشان پاسخگو خواهد کرد و طرفین را قادر خواهد ساخت که به‌صورت مستقل به وی در راستای اجرای منافع شخصی‌شان فشار وارد کنند.

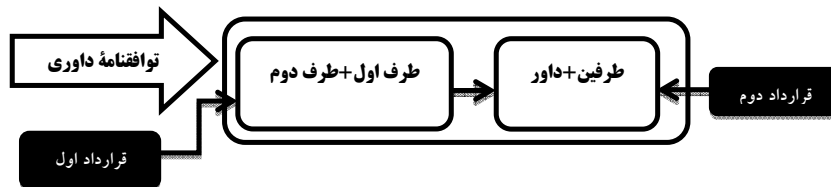
۳.۴. قرارداد در قرارداد^۲

این دیدگاه در مقایسه با نظریاتی که ذکر آن رفت، معقول‌تر و مناسب‌تر است و می‌توان گفت در بحث پیش رو، توافقنامه داوری سازگار با این تئوری شکل می‌گیرد. نظریه «قرارداد در قرارداد» مبین آن است که قراردادی در دل قرارداد اصلی و در پی قرارداد اول منعقد می‌شود، یعنی یک قرارداد (توافقنامه داوری) که خود مرکب از دو قرارداد همرفتی است، بدین ترتیب

1. "So far as the parties are concerned, their obligations under the trilateral contract include the liability to pay remuneration for the service of the arbitrators..." Craig, William Laurence, William W. Park, and Jan Paulsson. International chamber of commerce arbitration. Oceana Publications, 1985.pp.798, Gary B. Born(2014), International Commercial Arbitration (Second Edition), volume I: International Arbitration Agreements, Kluwer Law International,pp165.

2. Cross-contract.

که طرفین با یکدیگر توافق می‌کنند که موضوع را به وسیله داوری حل و فصل کنند و براساس همین توافق، ایجاب مشترکی را برای داور منتخب به وجود می‌آورند (قرارداد اول)، در ادامه داور با پذیرش این ایجاب، زمینه انعقاد قرارداد دوم را فی مابین طرفین (به عنوان یک طرف قرارداد) و خود به وجود می‌آورد و در این مرحله توافقنامه داوری تکمیل می‌شود.



به عبارت دیگر، قرارداد داوری یک توافق مرکب از دو قرارداد همرفتی است که دومی تابع اولی است، یعنی حیات و وجود دومی منبعث و نشأت گرفته از قرارداد اول است، درحالی که حیات و ممت قرارداد دوم تأثیری در قرارداد اول نخواهد داشت. به نظر می‌رسد مناسب ترین دیدگاه در راستای تبیین قرارداد داوری همین نظریه «قرارداد در قرارداد» باشد، چراکه می‌تواند به نحو کاملی ارکان توافقنامه داوری را پوشش دهد. البته نظریه قراردادی اگرچه بدین لحاظ توجیه و از این موانع عبور کند، در ادامه با پرسش‌های مختلف دیگری روبه‌روست، از جمله آنکه در صورت پذیرش چنین برداشتی، داور در مقابل طرفین با چه عنوان قراردادی فعالیت می‌کند؟ در صورت تعیین عنوان، آیا مسئولیت داور در قبال طرفین تعهد به نتیجه است یا تعهد به وسیله، و اینکه آیا چنین برداشتی در راستای تحکیم نهاد داوری است یا از اعتبار و احترام آن در دنیای حقوق خواهد کاست.

۵. سمت داور در توافقنامه داوری

سمت داور یا درفرآیند داوری موضوعی است که در پیوند مستقیم با تحلیل توافقنامه داوری قرار دارد، در این خصوص دیدگاه‌های متفاوتی مطرح شده که بررسی آنها در تبیین موضوع بسیار موثر خواهد بود.

۵.۱. «وکیل یا نماینده قراردادی طرفین»^۱

این نگرش اولین بار توسط دکتر فیلیپ آنتواین مرلین^۲ در کتاب *بررسی الفبایی مسائل حقوقی*^۳ مطرح شد. براساس این دیدگاه، داور نماینده یا وکیلی است که توسط طرفین اختلاف و در

1. mandate or procuration.

2. PHILIPPE ANTOINE MERLIN.

3. "RECUEIL ALPHABETIQUE DE QUESTION DE DROIT".

چارچوب توافقنامه داوری تعیین می‌شود و وظیفه وی «رفع اختلاف» بین دو طرف است.^۱ به عبارت دیگر، قالب قراردادی پیشنهاد شده در این نظریه رابطه «وکیل و موکل» است. برخی دیگر نیز آن را این‌گونه تعریف کردند: «توافقی است که مستقلاً به داور صلاحیت صدور رأی را اعطا کرده و در راستای حل اختلاف به داور اجازه می‌دهد به‌عنوان نماینده یا وکیل طرفین عمل نماید».^۲ در این خصوص یکی دیگر از نویسندگان پا را از این هم فراتر نهاده و معتقد است اعتبار داور و جایگاه وی، رأی صادره و صلاحیت ایشان به‌طور کلی ناشی از توافقنامه مربوطه است (FOELIX & DEMANGEAT, 1847: 35). به‌نظر می‌رسد چنین دیدگاهی بیشتر مبتنی بر ماده ۱۹۸۴ قانون مدنی فرانسه، باب نمایندگی، است که در آن تعریف و وظایف نماینده ذکر شده است.^۳ در حقوق کشورهای نوشته و سرآمد آنها فرانسه، معمولاً در راه ستایش قرارداد راه افراط پیموده شده، چراکه قانون مدنی این کشور در دورانی تدوین شده که اصل «حاکمیت اراده» از ارزش والای فلسفی برخوردار است و از همین منظر در مقدمه ماده ۱۱۳۴ تصریح می‌کند: «قرارداد قانون دو طرف است...».^۴ اما نماینده یا وکیل طرفین دانستن داور بیشتر یک نظریه اعلام شده توسط محققان است تا متابعت شده در رویه‌های عملی، هرچند در بین نویسندگان نیز مخالفانش در اکثریت‌اند.^۵ جالب آنکه رویه قضایی فرانسه در رأی^۶ ۲۲ مارچ ۱۹۸۳ با چنین برداشتی مخالفت کرده و اعلام کرد که چنین تفسیری استقلال داور را خدشه‌دار خواهد کرد (Fouchard, Gaillard, Litec, 1996: 73). البته در ایران نیز استاد کاتوزیان با تیزی به نقد این نظریه پرداخته و پس از ذکر سمت وکالت برای داور به‌عنوان نظر مشهور، در خصوص قرارداد داوری به صراحت اعلام کرده‌اند که: «بین عقد وکالت و قرارداد داوری فرق بسیار است. وکیل کسی است که از طرف موکل *مأمور حفظ منافع* خاص اوست و هرچه

1. PHILIPPE ANTOINE MERLIN, 9 RECUEIL ALPHABETIQUE DE QUESTION DE DROIT, p144 (4th ed., 1829).

2. "it is the agreement to arbitrate that alone gives the arbitrators the authority to make the award. They, in turn, in resolving the dispute, are acting as agents or "mandatories" of the parties" Adam Samuel, quotes by Anastasia Tsakatoura, 2002, p 12.

3. Act 1984 CCF: "Le mandat on procuration est un acte par lequel une personne donne à un autre le pouvoir.

de faire quelque chose pour le mandant et en son nom". English translation: "An agency or power of attorney is a transaction by which a person gives to another the authority to do something for the principal and in his name.

4. 1134- "Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites..." english translation: "Agreements lawfully entered into take the place of the law for those who have made them..."

5. Giorgio Balladore Pallieri, L'Arbitrage Privé dans les Rapports Internationaux, 51(1) RECUEIL DES COUR 287, 311 (1935); ALFRED BERNARD, L'ARBITRAGE VOLONTAIRE EN DROIT PRIVÉ: L'ARBITRAGE EN DROIT INTERNE BELGE ET FRANÇAIS, ÉTUDE CRITIQUE COMPARÉE, L'ARBITRAGE EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, DROIT COMPARÉ 28 (1937); Frédéric-Edouard Klein, Autonomie de la Volonté et Arbitrage, 47 REV. CRIT. 255, 260 (1958).

6. T.G.I. Paris 22 March 1983).

می‌کند به نیابت از جانب او انجام می‌گیرد. درحالی‌که داور در مقابل اصحاب دعوی شخصیت مستقل دارد و مأمور حق‌گزاری و دادرسی است. داور موظف به رعایت غبطه خواهان یا خوانده نیست، باید با بی‌طرفی کامل در میان دو خصم حکومت کند» (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ش ۸۷). ایشان با دقت به بیان ارکان و ستون‌های داوری پرداخته و داور را برخلاف آنچه برخی نویسندگان در پی ترویج آن‌اند، «مأمور حفظ منافع» طرفین نمی‌داند، وی را در مقابل طرفین اختلاف «شخصیتی مستقل» توصیف کرده و او را «مأمور حق‌گزاری و دادرسی» دانسته که موظف به «رعایت غبطه خواهان یا خوانده نیست» و می‌بایست با «بی‌طرفی کامل» به داوری بین طرفین پرداخته و در راه برقراری عدالت از راه رفع اختلاف بین ایشان تلاش کند. به نظر نگارنده خدشه به هریک از این اصول که البته در داوری تجاری بین‌المللی به‌عنوان اصول و قواعد آمره (جنیدی، ۱۳۷۶، ش ۹۳) داوری مورد تأکید قرار گرفته نهاد داوری را به شدت تضعیف می‌کند، پذیرش نظریه نمایندگی داور را به پایین‌ترین حد ممکن از استقلال سوق می‌دهد و نهاد داوری را به‌عنوان یک تابع از نظر و اراده طرفین، سست و آسیب‌پذیر می‌سازد.

۵.۲. «متخصص حل اختلاف»

اما دیدگاه دیگری در این زمینه وجود دارد که در آن سمت داور را یک متخصص و کارشناس حل اختلاف معرفی می‌کنند. مطابق این نظریه داور کارشناس حل و رفع اختلاف تجاری است که پس از انعقاد توافقنامه داوری مأموریت می‌یابد که به اختلاف طرفین رسیدگی و به آن خاتمه دهد. در ازای این خدمات مبلغی به‌عنوان اجرت‌المسمی دریافت می‌کند و احتمالاً دریافت این پول در ازای حل اختلاف (شرط نتیجه) خواهد بود. عنوان قراردادی (قرارداد دوم) که داور را در ارتباط با طرفین قرار می‌دهد، در واقع به خدمت گرفتن تخصص و مهارت حل اختلاف از داور توسط طرفین است (Hong-Lin and e Laurence, 2006: 76). چیزی شبیه به آنچه توسط یک مجسمه‌ساز ماهر یا نقاش معروف یا هر مهارت ویژه‌ای که به‌نوعی با شخصیت فرد صاحب آن نیز آمیخته است، چراکه طرفین معمولاً در انتخاب داور علاوه بر سایر مسائل، شخصیت وی را نیز مدنظر قرار می‌دهند. بدین ترتیب این دیدگاه سمت داور در یک داوری را «یک متخصص حل اختلاف» می‌داند که براساس قرارداد متعهد به استفاده از تخصصش در راه حل اختلاف بین طرفین است و نه نماینده یا وکیل ایشان برای حل اختلاف. این دیدگاه آشکارا موجب خواهد شد که داور از جایگاه رفیع خدمت به عدالت به پرتگاه سخیف خدمت به طرفین سقوط کند.

۳.۵. وضعیت «منحصربه‌فرد»^۱

توجیه دیگری که برای تبیین جایگاه حقوقی داوری بدان پرداخته شده، معرفی سمت و جایگاه داور در قالب یک «وضعیت ویژه» یا «منحصربه‌فرد» است؛ بدین ترتیب که جایگاه داوری را یک نوع وضعیت منحصربه‌فرد با خصوصیات و شرایط ویژه آن تعریف کرده‌اند. شرایطی که می‌توان تمامی ضوابط و اصول امره داوری را با توجه به منحصربه‌فردبودنش در دل آن جای داد و با توجه به اصل آزادی قراردادها از آن دفاع کرد. بدین ترتیب به نظر می‌رسد با اتکا به این نگرش، گریز از چالش‌های پیش روی دیدگاه‌های پیشین، آسان‌تر خواهد بود. چراکه پذیرش آن مفاهیم در مقوله داوری آثار منفی فراوانی از جمله شمول قواعد و مبانی جاری بر آن عناوین در مقوله داوری و تناقض برخی از آن قواعد با اصول داوری را در پی خواهد داشت.

۶. پیشنهادها

۶.۱. نظریه مختلط^۲

همان‌طور که بحث شد، هیچ‌یک از دو نظریه مذکور نمی‌تواند به‌تنهایی جایگاه حقوقی داور را توجیه کند؛ چه آنکه با پذیرفتن نظریه قراردادی بودن جایگاه حقوق داور وی را در مقابل طرفین در موضع ضعف قرار داده و قادر به مهار تبعات منفی چنین نگرشی نخواهیم بود. به‌علاوه شبه‌قضایی دانستن مطلق جایگاه حقوقی داور نه با واقعیت قرارداد پدیدآورنده آن سازگاری دارد و نه با ماهیت اختیاری و انتخابی این نهاد. بنابراین، باید دیدگاهی متناسب با واقعیات این نهاد ارائه داد که ضمن حمایت و تقویت جایگاه داور با زایش قراردادی آن نیز سازگار باشد. به نظر نگارنده داوری در مرحله پیدایش و ایجاد کاملاً قراردادی است، متناسب با نظریه «قرارداد در قرارداد» که ذکر آن رفت، قرارداد داوری پس از انعقاد دو قرارداد هم‌رفتی بین طرفین و سپس بین داور و طرفین تشکیل و ایجاد می‌شود. تا این قسمت داوری و جایگاه وی کاملاً قراردادی و مبتنی بر مفاد توافقتنامه موجود است. اما از لحظه پذیرش سمت توسط داور، قانون وی را با عنوان داور منتخب طرفین مورد حمایت قرار می‌دهد و به لحاظ جایگاه او را تأیید و اعتبار می‌بخشد. بنابراین، داوری دارای یک مفهوم ممزوج از نظریه قراردادی و شبه‌قضایی است، قرارداد داوری اگرچه تا پایان روند و صدور رأی مربوطه همچنان سنگ بنا و مبدأ پیدایش داوری محسوب می‌شود، این انتخاب و قرارداد طرفین چنانچه توسط قانون تأیید نشده و اعتبار آن شناسایی نشود، به‌هیچ‌وجه منشأ اثر نخواهد بود. مبتنی بر این نظر می‌توان گفت که داوری تا پیش از پذیرش سمت توسط داور یک قرارداد خصوصی با تمام تعاریف

1. "Sui generis".

2. Hybrid theory.

مربوط به آن خواهد بود که تحت حکومت قواعد عام قراردادها شکل می‌گیرد، اما پس از پذیرش سمت توسط داور تأیید این قرارداد با شرایط و ضوابطش توسط قانون نقش طرفین و اثرگذاری‌شان کمرنگ می‌شود و داوری رنگ قانونی و رسمی به خود می‌گیرد. قانون به حمایت و تقویت «قاضی خصوصی» منتخب طرفین می‌شتابد و به او جایگاه شبه قضایی می‌دهد، او را به‌عنوان خادم عدالت معرفی کرده و از این لحظه تا لحظه صدور رأی هم بر او نظارت دارد و هم از وی حمایت می‌کند. باید اضافه کرد که اگرچه در این دیدگاه ما به تلفیقی بودن جایگاه حقوقی داور اشاره داریم، در مجموع غبطه با شبه قضایی بودن جایگاه حقوقی وی خواهد بود و قرارداد به‌نوعی تنها در پیدایش و تعیین قواعد داوری پیشقدم است و در ادامه روند نقش آن کمرنگ می‌شود. مسئله آن است که «وظیفه داور بیشتر از قانون ناشی می‌شود و قانون بنا به مصالحی به اشخاص اجازه داده است که دادرسی امور خویش را با توافق معین کنند و به‌جای مراجعه به دادگاه داوری او را بپذیرند (کاتوزیان، پیشین، ش ۸۷). پس داور را باید یک قاضی خصوصی دانست که قانون به‌دلیل سرعت بالا، هزینه کم و محرمانه بودن روند دادرسی به طرفین اختیار انعقاد قرارداد در خصوص انتخاب او را اعطا کرده است. داور یک پیمانکار خصوصی یا متخصص حل اختلاف یا وکیل و نماینده طرفین نیست، بلکه «داور کسی است که قانون به‌طور موقت و در مورد خاص وظیفه دادرسی را با او می‌سپرد و (وی) هنگام اجرای وظایف خویش یک مأمور عمومی است» (همان).

۶.۲. سمت داور به‌عنوان «قاضی خصوصی»^۱

به‌نظر می‌رسد وکیل یا نماینده قراردادی دانستن یک داور علاوه بر مخدوش کردن جایگاه و منزلت این نهاد، داور را در موضع ضعف نسبت به طرفین قرار داده و به‌شدت از استقلال وی خواهد کاست. به‌علاوه دون شأن داور است که وی را آنچنان که این نظریه بیان می‌دارد، مستخدم موجب‌بگیر بدانیم و وی را در غل و زنجیر مفاد قرارداد محصور کنیم، ولو اینکه این قرارداد بتواند در مواردی برای داور رهایی از مسئولیت را در پی داشته باشد، اما اینکه می‌تواند داور را «خادم طرفین» دانست، به‌هیچ‌وجه با سرشت و منزلت جایگاه داوری سازگار نیست، چراکه به نظر نگارنده داور در واقع یک «قاضی خصوصی» است با همان شأن و منزلت و ارزش که با شرایط خاصی برای حل و فصل یک دعوی خصوصی انتخاب شده است، اما استانداردها و چارچوب همان عدالتی است که قضات به‌سوی آن رهسپارند. اگرچه طرفین در انتخاب و شروع به کار وی دارای ابتکار عمل و اختیارند، اما این قدرت بیش از این مرحله یعنی انتخاب داور و انعقاد توافقنامه مربوط به داوری نفوذ ندارد و از اینجا به بعد داور جز در

1. Individual judge.

مورد اصول بنیادین و قواعد امره داوری به هیچ‌یک از نظرها و هدایت‌های طرفین نمی‌تواند و نباید پایبند باشد. باید با آزادی عمل چه در بحث آیین دادرسی و چه در مرحله صدور رأی، بدون تأثیرپذیری از دستورهای طرفین، کار رسیدگی را تا صدور رأی پیش ببرد. سمت داور پس از پذیرش مفاد توافقنامه، چیزی جز یک «قاضی خصوصی» نیست، دادرسی که مبتنی بر اجازه قانون به افراد و به دلیل کاستن از حجم کار دادگاه‌ها، سرعت، هزینه کم و محرمانگی آن توسط ایشان انتخاب می‌شود و به اجرای عدالت می‌پردازد.

۷. نتیجه‌گیری

موضوع پژوهش حاضر، تأثیر قرارداد داوری و منزلت حقوقی داور به اتکای مفاد این قرارداد در قلمرو و دامنه اراده طرفین است. قرارداد داوری نه تنها صلاحیت داور و حدود اختیارات وی را تعیین می‌کند، در عین حال بیانگر مسئولیت‌های او نیز است. در مفهومی عام، خواه داوری موردی یا سازمانی و اعم از آنکه این نهاد قضایوتی را قراردادی بنامیم یا شبه‌قضایی، مرجع داوری و آرای آن را باید از دو جهت مهم خواند؛ نخست از آن روی که مرجعی اختصاصی و استثنایی است و از حیث صلاحیت، در عرض سایر مراجع اختصاصی و مرجعیت عام تظلم یعنی دادگاه عمومی حقوقی قرار دارد (ماده ۱۰ ق.آ.د.م). دوم از آن حیث که در اختلاف صلاحیت میان دادگاه و داور، دست‌کم از منظر قواعد داوری تجاری بین‌المللی، توانایی و قدرتی برابر با مرجع قضایی دارد، به‌گونه‌ای که حتی طرح دعوا در دادگاه، مانع شروع یا ادامه جریان رسیدگی و صدور رأی داوری در مرجع اخیر نمی‌شود (ماده ۸ قانون داوری تجاری بین‌المللی مصوب ۱۳۷۶/۶/۲۶). همین موضوع بر اهمیت داوری و به تبع آن بر مسئولیت‌های داور به‌سان یک قاضی و ممیز حق می‌افزاید. همواره مسئولیت، تابعی از اختیارات است و به تناسب وسعت و دامنه اختیارات، مسئولیت نیز به همان نسبت گسترده‌تر و افزون‌تر می‌شود. مسئولیت داور نیز از این قاعده مستثنا نیست؛ ردایی که بر قامت داور به‌عنوان یک قاضی خصوصی و قراردادی دوخته شده، و جاهت خود را از همین قرارداد و اراده طرفین آن می‌گیرد، بنابراین مسئولیت داور را نیز اصولاً باید در چارچوب همین قرارداد و آثار قراردادی و قانونی آن جست (مواد ۲۲۰ و ۲۲۱ قانون مدنی). اختیار داور و به دنبال آن مسئولیت وی، هنگامی تجلی می‌یابد که او پس از قرارداد داوری با قبولی سمت خود، آن را می‌پذیرد؛ موافقتی که خود می‌تواند در کنار قرارداد داوری، موقعیت قراردادی تبعی و در عین حال تازه ایجاد کند و منشأ آثار گردد.

مطالب بالا گویای این نکته خطیر است که مسئولیت داور، وضعیتی دوگانه دارد؛ هم قراردادی و هم قانونی. قراردادی است چون انتخاب او به خواست و اراده طرفین و در قالب

یک قرارداد به عمل می‌آید. قانونی است، زیرا به مانند یک قاضی دولتی تمیز حق می‌کند و قانون نیز تدلیس یا تقلب یا تقصیر او در انجام وظیفه داوری را موجب مسئولیت وی در جبران خسارت وارده به هر یک از اطراف دعوا شمرده است (ماده ۵۰۱ ق.آ.د.م). مسئولیتی که قاضی دولتی نیز از آن مصونیت ندارد (اصل ۱۶۷ قانون اساسی و بند ۶ ماده ۶ و ماده ۳۰ قانون نظارت بر رفتار قضات مصوب ۱۳۹۰/۷/۱۷).

منابع

الف) فارسی

۱. ایزانلو، محسن (۱۳۹۰). شروط محدودکننده مسئولیت در قراردادها، چ سوم، نشر بنیاد حقوقی کاتوزیان.
۲. جنیدی، لعلیا؛ مسعودی، رضا (۱۳۹۵). «مطالعه تطبیقی وضعیت شرط مکتوب بودن در توافقنامه‌های الکترونیکی داوری»، *مطالعات حقوق تطبیقی*، دوره ۷، ش ۱، ص ۷۷-۱۵.
۳. جنیدی، لعلیا (۱۳۷۶). *قانون حاکم در داوری‌های تجاری بین‌المللی*، چ اول، تهران: دادگستر.
۴. خدری، صالح (۱۳۹۴). «ادارسی منصفانه در داوری تجاری بین‌المللی»، *مطالعات حقوق تطبیقی*، دوره ۶، ش ۲، ص ۵۴۰-۵۱۹.
۵. دشتی، محمدرضا؛ کریمی، عباس (۱۳۹۲). «مطالعه تطبیقی قرارداد داوری؛ رضایی یا تشریفاتی»، *مجله مطالعات حقوق تطبیقی*، دوره ۴، ش ۱، ص ۹۹-۱۱۵.
۶. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۹). *اعتبار امر قضاوت‌شده در دعوی مدنی*، تهران: میزان، چ هشتم.
۷. نهرینی، فریدون (۱۳۹۱). *ایستایی اجرای حکم دادگاه*، تهران: گنج دانش، چ اول.

ب) خارجی

8. Arnold, Manfred, (1999). "What price immunity of arbitrators?", *international journal of Arbitration*, July 1999.
9. Andrés Jana L. (2015). 'International Commercial Arbitration in Latin America: Myths and Realities' (2015) 32 *Journal of International Arbitration*, Issue 4, pp. 413-446
10. Bristow, David (2000). "The gathering storm of arbitrators' and mediators' liability" in *Alternative Dispute Resolution Journal*, 2000, pp.220-238
11. Gary B. Born (2014), *International Commercial Arbitration (Second Edition)*, vol I: *International Arbitration Agreements*, Kluwer Law International
12. Choi, S. J. (2003). Problem with Arbitration Agreements, *The. Vand. J. Transnat'l L.*, 36, 1233.
13. Frank, Susan, (2000). "The liability of international arbitrators: a comparative analysis and proposal for qualified immunity", *New York Law School Journal of International and Comparative Law*, vol. 20, n° 1, 2000.
14. González Soria, Julio (2011). Comentarios a la Ley de Arbitraje. Número de Edición: 2, Fecha Edición: 27/10/2011
15. Hunter, Martin, (1993). "The immunity of arbitrators", *Arbitration International*, vol. 9, no. 3, 1993.
16. Ju Hong-Lin and Shore Laurence (2006). *Independence, impartiality and Immunity*, 2006.
17. Lew, Julian, Mistellis Loukas, Kröll, Stephan (2003). *Comparative International Commercial Arbitration*, 2003.
17. Mourre, Alexis, (2006). "Arbitration and criminal law. Reflections on the duties of the arbitrator", *Arbitration International*, Vol 22, Issue 1, 1 March 2006
18. Mustill, M. J., & Boyd, S. C. (1989). *The law and practice of commercial arbitration in England*. Butterworths.
19. Tsakatoura, Anastasia (2002). "The immunity of arbitrators", *Inter-lawyer Law Forum Directory*, 20 June 2002.
20. Blackaby, N., Partasides, C., Redfern, A., & Hunter, M. (2009). 1. An overview of international arbitration. Redfern and hunter on international arbitration, 1-83.
- Rowley, William, Kent, David and Koehnen, Markus, (1967). "Recent developments in *International Commercial Arbitration*".

- 21.Samuel, Adam (2004). 'Arbitration, Alternative Dispute Resolution Generally and the European Convention on Human Rights' (2004). 21 *Journal of International Arbitration*, Issue 5, pp. 413-437
- 22.Sanders, Pieter,(2004). The work of UNCITRAL on arbitration and conciliation.
- 23.Stepanowich, Thomas and Kaskall, Peter (2000). *Commercial arbitration at its best*.
- 24.Von der Berg (1990). *The immunity of arbitrators*.
- 25.Caron, D. D. (1990). The Nature of the Iran-United States Claims Tribunal and the Evolving Structure of International Dispute Resolution, *The American Journal of International Law*, 84(1), 104-156.
- 26.Redfern, A. (2004). *Law and practice of international commercial arbitration*. Sweet & Maxwell.

Cases

- 27.Cereals S.A. V Tradax Export S.A
- 28.Cort v AAA, 795, F Supp. 970, at 973
- 29.K/S Norjarl A/S v. Hyundai Heavy Industries Co. Ltd., [1991]
- 30.Zittre v Sport Mask Inc. Supreme Court of Canada, 1988.24.March
- 31.Donaldson J. in Bremer Schiffban v. South India Shipping Corp. Ltd 1981 jan.22
- 32.Antoine v. Bryer & Anderson, 429, 435-36 (1992).

Arbitration codes

- 33.ICC Arbitration Rules of 1975 and 1998
- 34.LCIA Rules of 1998
- 35.AAA International Arbitration Rules of 1998
- 36.VIAC Rules of 2001
- 37.NAI Rules of 2001
- 38.DIS Arbitration Rules of 1998
- 39.SCC Arbitration Rules of 1999
- 40.NATIONAL ARBITRATIONS LAWS
- 41.The Argentina arbitration rules
- 42.The Canadian Arbitration rules
- 43.The Dutch Code of Civil Procedure
- 44.The Swiss Private International Law Act
- 45.The German Code of Civil Procedure
- 46.The Italian Code of Civil Procedure
- 47.The UK Arbitration Act
- 48.The Greece Arbitration code
- 49.Finland Arbitration code
- 50.UNCITRALMODEL LAW