

دو مسأله و یک انتخاب در حقوق داوری: عدالت یا اراده طرفین؟

عبدالله خدابخشی*

تاریخ پذیرش: ۹۶/۳/۲۰

تاریخ دریافت: ۹۵/۸/۱۶

چکیده

قوانین، در مقایسه با اراده اشخاص، سهم چندانی در داوری ندارند. دو طرف دعوا، به دنبال رفع اختلاف در مرجعی دیگر، با قواعدی دیگر هستند. از این رو، اصولاً قانون و به تبع آن، داور و دادرس (برای کنترل رأی داور یا قبول اصل داوری) باید آنچه را که طرفین اراده می‌کنند، بپذیرند. نقطه مقابل این اراده، مفهوم برتر عدالت است. دادگرایی نیز امری وجدانی است و از وجدان دادرس، به آسانی حذف نمی‌شود. در مواردی که این مفاهیم (اراده اشخاص و عدالت) در تعارض قرار می‌گیرند، باید یکی را بر دیگری مقدم دانست. اما کدام یک مقدم است؟ باید به خواست غیر عادلانه و غیر منصفانه اشخاص احترام نهاد یا مفهوم عدالت را از هجوم اراده‌های زودگذر، مصون نگهداشت؟ در این مقاله با تحلیل دو موضوع و نقل آرای از رویه قضایی، مفهوم عدالت، مقدم بر اراده طرفین تلقی شده است.

واژگان کلیدی

عدالت- اراده طرفین قرارداد- کنترل قضایی- جرح داور

* استادیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه فردوسی مشهد.

مقدمه

آیا ارزش عدالت بیش از آن است که طرفین یک رابطه حقوقی بتوانند آن را در زمان اختلاف نیز نادیده بگیرند؟ و آیا توافق به حذف این مفهوم، ممکن است؟ البته بعید است دو طرف قرارداد، چنین توافق صریحی داشته باشند، اما ممکن است به نتایجی پایمند شوند که از حذف این مفهوم برتر ناشی می‌شود. در ایران، حقوق داورى، در حال توسعه است، ادبیاتی رو به رشد دارد اما مبانی آن به درستی طرح نشده و از جمله در حمایت از مرزهای عدالت، ضعیف است. رویه قضایی نیز فاقد پایگاهی محکم است، هرچند در مواردی، آرای قابل دفاع صادر می‌کند.

در داورى، باید ارکان و شرایط اساسی قضاوت مانند اصول دفاعی، بی طرفی و ذینفع نبودن، بطور کامل رعایت شود. از امام علی (علیه السلام) منقول است که متصدی قضا باید در تمام اقدامات خود، تساوی بین طرفین را رعایت نماید.^۱ تساوی بین طرفین اختلاف، ضمن اینکه واجب است، تمام مؤلفه‌های ذهنی و عینی را دربر می‌گیرد.^۲ در قضاوت رسمی، نقض تساوی بین طرفین را باید از طریق قالب‌های معین (جهات فرجام یا تجدیدنظر) جبران کرد، اما در داورى، اگر این نقیصه، به نقض شرایط قرارداد^۳ یا عرف مسلم طرفین منتهی شود، رأی قابل ابطال خواهد بود.^۴

۱. «مَنْ ابْتُلِيَ بِالْقَضَاءِ فَلْيُؤَسِّبْ بَيْنَهُمْ فِي الْإِشَارَةِ وَ فِي النَّظَرِ وَ فِي الْمَجْلِسِ». کلینی، ابو جعفر، ۱۴۰۷ ه.ق، الکافی، جلد ۷، تهران، دار الکتب الإسلامية، چاپ چهارم، ۱۴۰۷ ه.ق، ص ۴۱۳؛ ابن بابویه قمی (شیخ صدوق)، محمد، من لایحضره الفقیه، جلد ۳، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ دوم، ۱۴۱۳ ه.ق، ص ۱۴؛ طوسی (شیخ)، ابوجعفر، تهذیب الأحکام، جلد ۶، دارالکتب الإسلامية، چاپ چهارم، ۱۴۰۷ ه.ق، ص ۲۲۶.

۲. به این معنا نیست که تساوی در ذهن نیز ضروری است: «و لا تجب التسوية في الميل القلبي». حلی (علامه)، حسنبن یوسف، ۱۴۱۰ ه.ق، إرشاد الأذهان إلى أحكام الإيمان، جلد ۲، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۱۰ ه.ق، ص ۱۴۰؛ حلی، حسن، قواعد الأحکام فی معرفة الحلال و الحرام، جلد ۳، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۱۳ ه.ق، ص ۴۲۹؛ تساوی ذهنی بسیار دشوار است. در واقع باید تمام امور عینی که بر ذهن اثر می‌گذارد را حذف کرد یا از داورى و قضاوت اجتناب کرد. ممکن است رابطه ای خاص با یکی از طرفین، ذهن را به سمت جانبداری ترغیب کند. در این موارد، چون حذف آن عنصر در اختیار شخص است، نمی‌تواند با عدل ذهنی بودن، خود را معاف از تساوی بداند. یا داور بماند یا محترمانه و بدون دعوای ابطال، کنار رود!

۳. ماده ۴۷۷ ق.آ.د.م. «داوران ... باید مقررات مربوط به داورى را رعایت کنند».

۴. خدابخشی، عبدالله، حقوق داورى و دعوای مربوط به آن در رویه قضایی، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۳، ص ۶۰۳.

داور تکلیفی به پذیرش مسئولیت داوری ندارد. حق الزحمه داوری نباید عامل اصلی در قبول مسئولیت باشد. داوری، تکسب صرف نیست و خدمتی عمومی نیز محسوب می‌شود. شیخ طوسی در باب قضاوت سخن زیبایی دارد و به شخص واجد شرایط قضاوت اعلام می‌کند که همزمان با ایفای مسئولیت شرعی و اجر اخروی، می‌تواند از بیت‌المال نیز ارتزاق کند: هم ثواب برد و هم مزد شایسته بگیرد.^۱ این سخن به داوری نیز قابل تسری است اما شخص باید از قبول آن داوری که یکی از طرفین، دلایل معقول مبنی بر عدم تساوی و جرح دارد، امتناع نماید. در روایت است که امام علی (ع) به یکی از طرفین اجازه نداد به عنوان مهمان، نزد او حضور داشته باشد تا مبادا تساوی طرفین مخدوش شود.^۲

روایاتی از این دست در باب «قضاوت» به عنوان جوهره مشترک داوری و رسیدگی قضایی، بسیار است و ضرورتی به بررسی همه جانبه آن نیست، در واقع، در این مقاله، ضمن دو بحث، با توجه به روایات مذکور و نیز برخی روایات و مستندات فقهی دیگر، از این عقیده دفاع می‌کنیم که حذف عدالت، از جمله با اعطای اختیار داوری به افرادی که در نتیجه دعوا، ذینفع یا در معرض جانبداری هستند، صحیح نیست و پاره‌ای از مقررات ظاهری قانون را باید بر مبنای مذکور تفسیر نمود، همچنین قولی در مسأله جرح داور خواهیم داشت.

۱. برای برخی افراد، مانند علماء، قضاوت مجاز است. آیا اگر از یکی از آنها خواسته شود متصدی قضا شود، واجب است قبول نماید؟ برخی نظر به وجوب دارند و برخی وجوب را نمی‌پذیرند که همین صحیح است. اما آیا استحباب نیز ندارد؟ برای پاسخ باید گفت که از دو حالت خارج نیست: یا توان مالی دارد یا ندارد. اگر ندارد مستحب است قبول کند زیرا با این کار، ضمن اطاعت امر خداوند، در مقابل عمل خود نیز رزق به دست می‌آورد. در واقع، اگر رزق را در اطاعت خدا و از طریق قضا (ارتزاق از بیت المال) بدست آورد، بهتر است تا از راه کسب میاح؛ حال اگر توان مالی دارد از دو حالت خارج نیست. یا معروف است یا گمنام. اگر به علم و دانش مشهور است و مردم از او بهره‌مند هستند، مستحب است به قضاوت نپردازد و دانش را ادامه دهد زیرا تدریس و تعلیم، علاوه بر اینکه نوعی عبادت و طاعت است، از خطر نیز مصون می‌باشد. قضاوت هرچند عبادت است اما مخاطرات بسیار دارد. در روایت نیز به این امر اشاره شده است. حال اگر عالم غیرمشهوری باشد، مستحب است که قضاوت را قبول کند تا فضل خود را آشکار سازد و مردم از آن منتفع شوند. حتی برخی گفته اند که مستحب است برای این کار هزینه نماید که البته نظر اول صحیح تر می‌باشد چراکه حاکم نباید برای دادن منصب قضا، وجهی دریافت دارد. طوسی (شیخ)، ابوجعفر، المیسوط فی فقه الإمامیه، جلد ۸، تهران، المكتبة‌المرتضویه لإحياء الآثار‌الجفریه، چاپ سوم، ۱۳۸۷ هـ.ق، ص ۸۴.

۲. «أَنَّ رَجُلًا نَزَلَ بِأَمِيرِ الْمُؤْمِنِينَ عَ فَمَكَثَ عِنْدَهُ أَيَّامًا ثُمَّ تَقَدَّمَ إِلَيْهِ فِي خُصُومَةٍ لَمْ يَذْكُرْهَا لِأَمِيرِ الْمُؤْمِنِينَ ع فَقَالَ لَهُ أَخْصُمُ أَنْتَ قَالَ نَعَمْ قَالَ تَحْوَلُ عَنَّا إِنَّ رَسُولَ اللَّهِ ص نَهَى أَنْ يُضَافَ الْخَصْمُ إِلَّا وَ مَعَهُ خَصْمُهُ». کلینی، پیشین، ص ۴۱۳.

۱. تحلیل داوری شخص «ذینفع» و «غیر ثالث»

۱.۱. توافق به داوری شخص ذینفع

ممکن است از جمع مواد ۴۶۶^۱ و ۴۶۹^۲ قانون آیین دادرسی مدنی و نیز با توجه به اصل داوری پذیرایی^۳، گفته شود که طرفین می‌توانند فردی را که در موضوع دعوا، «ذینفع» باشد به عنوان داور برگزینند، زیرا اولاً ماده ۴۶۶ موارد ممنوعیت مطلق داوری را احصا کرده و مفهوماً داده که سایر افراد به داوری انتخاب شوند، ثانیاً ماده ۴۶۹ نیز دادگاه را از انتخاب «کسانی که در دعوا ذینفع باشند»، به عنوان داور، «بدون تراضی طرفین» منع می‌کند و مفهوماً دلالت بر این دارد که اگر توافق یا تراضی باشد، این امکان وجود دارد که داور، «ذینفع» نیز باشد. بنابراین دو مفهوم مخالف، به همراه اصل اولیه حاکمیت اراده طرفین (داورپذیری)، نفع داور را در قضاوت خصوصی او، بلامانع و رأی صادره از طرف او را لازم الاجرا می‌داند. این تحلیل برحسب ظاهر و تفسیر لفظی مواد، خالی از قوت نیست و برخی نیز به آن ملتزم بوده و آرای داوری را در این خصوص تأیید کرده‌اند. با این حال، پذیرش تمام نتایج آن، صحیح نیست و دقت بیشتر خلاف این اطلاق گرایي را نشان می‌دهد.

نخست- ذینفع بودن در «دعوا» منوط به این است که جوانب مختلف اختلاف روشن شود. هرچند گفته می‌شود که مفهوم دعوا، پیش از طرح در مراجع حل اختلاف نیز متصور است و دعوا، چهره دیگری از حق متحرک است، با این حال، ضرورتی ندارد آن مفهوم عام، در قلمرو

۱. ماده ۴۶۶: «اشخاص زیر را هر چند با تراضی نمی‌توان به‌عنوان داور انتخاب نمود: ۱- اشخاصی که فاقد اهلیت قانونی هستند؛ ۲- اشخاصی که به‌موجب حکم قطعی دادگاه و یا در اثر آن از داوری محروم شده‌اند».

۲. ماده ۴۶۹: «دادگاه نمی‌تواند اشخاص زیر را به سمت داور معین نماید مگر با تراضی طرفین: ۱- کسانی که سن آنان کمتر از بیست و پنج سال تمام باشد؛ ۲- کسانی که در دعوا ذی‌نفع باشند؛ ۳- کسانی که با یکی از اصحاب دعوا قرابت سببی یا نسبی تا درجه دوم از طبقه سوم داشته باشند؛ ۴- کسانی که قیم یا کفیل یا وکیل یا مباشر امور یکی از اصحاب دعوا می‌باشند یا یکی از اصحاب دعوا مباشر امور آنان باشد؛ ۵- کسانی که خود یا همسرانشان وارث یکی از اصحاب دعوا باشند؛ ۶- 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 حال دادرسی کیفری داشته باشند؛ ۷- کسانی که خود یا همسرانشان و یا یکی از اقربای سببی یا نسبی تا درجه دوم از طبقه سوم او یا یکی از اصحاب دعوا یا زوجه و یا یکی از اقربای نسبی یا سببی تا درجه دوم از طبقه سوم او دادرسی مدنی دارند؛ ۸- کارمندان دولت در حوزه مأموریت آنان».

۳. «اصطلاح «داورپذیری» با قیاس عبارت «داوری پذیرایی» پیشنهاد می‌شود و به این معنا است که شخص، قانوناً باید بتواند متصف به وصف «داور» شود. خدابخشی، عبدالله، ۱۳۹۳، پیشین، ص ۲۴۷.

داوری نیز، که ذاتاً نوعی قضاوت خصوصی است، اعمال شود. همچنان که دقت در ماده ۴۶۹ قانون مذکور نشان می‌دهد که حکم آن ماده ناظر به مفهوم دعوا پس از حصول اختلاف است، زیرا بنابه فرض، طرفین در موضوعی از موضوعات، دچار اختلاف شده و چون توافقی در تعیین داور نداشته‌اند، ناگزیر از مراجعه به دادگاه برای نصب داور شده‌اند. بنابراین مفهوم مخالف ماده ۴۶۹ مبنی بر اینکه «با تراضی طرفین می‌توان داور ذینفع را برگزید»، عمومیت ندارد و نهایتاً اینکه منصرف به بعد از اختلاف است.

دوم- تا زمانی که دعوا رخ نداده باشد، حقیقت عرفی روشنی ندارد و نمی‌توان نفع و ذینفعی داور را به درستی تشخیص داد. اختلاف، همانند گوی متحرکی است که در وضعیت‌های مختلف، چهره‌های متفاوتی از خود نشان می‌دهد. در برخی از این چهره‌ها، شخصی که قرار است داور باشد، عاملی بی طرف و در برخی چهره‌ها، عاملی پویا و در عین حال، متأثر از نتیجه اختلاف است. اینکه داور در چه حالتی از اختلاف یا دعوا، ذینفع است تا پیش از حصول آن، به درستی مشخص نیست و همین شبهه کافی است که گفته شود اگر طرفین پیش از اختلاف واقعی و روشن شدن ارکان آن، شخص ذینفع را به عنوان داور تعیین نمایند، توافق آنها، تنها در صورتی صحیح است و با مبانی قضا سازگاری دارد که از نفع یا ذینفعی او آگاه باشند،^۱ زیرا توافقی که براساس آن، اختیار قضاوت در موضوع، به فردی داده شود که از نتیجه رأی آن سود می‌برد، خلاف نظم عمومی است، چرا که خود، اسباب اختلاف بیشتر می‌شود و حال آن که هدف از تعیین داور و ارجاع به داوری، قلع ماده نزاع است نه آغازی بر اختلاف تازه.

سوم- اگر توافق به ارجاع اختلاف به داوری فردی که از نتیجه رأی خود، سود می‌برد (اعم از نفع فعلی یا بهره مندی در اختلاف آتی) خلاف نظم عمومی باشد و به همین جهت نیز قاضی دادگاه را نیز از دخالت در مواردی که ذینفع است یا رابطه خاصی با طرفین دارد، منع می‌کنند؛^۲ در این صورت، یا باید توافق مذکور را مطلقاً مردود دانست یا در صورتی که به دلیل تصریح قانون ناگزیر از قبول آن باشیم، باید به موارد کاملاً منصوص و بدون تردید، منحصر کرد. نظر به اینکه حکمی در باب امکان ذینفع بودن داور وجود ندارد و تنها ممکن است به مفهوم مخالف ماده ۴۶۹ قانون

۱. البته ممکن است ایراد شود که آگاهی از نفع، اثری ندارد و توافق در هر حال برخلاف نظم عمومی است!

۲. ماده ۹۱ ق.آ.د.م. برای ملاحظه مبانی فقهی این ماده و شمول آن بر نفع و ذینفع بودن قاضی، رجوع شود به: خدابخشی، عبدالله، مبانی فقهی آیین دادرسی مدنی و تأثیر آن در رویه قضایی، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۰، صص ۲۹۵-۲۹۲.

مذکور، استناد شود که آن هم در مرحله بعد از اختلاف و ناظر به تعیین داور توسط دادگاه است و در واقع به موانع دادگاه در تعیین داور مربوط می‌شود، از این رو چنین مفهوم مخالفی حجیت ندارد و باید قید «مگر با تراضی طرفین» را به دیگر بندهای این ماده منصرف نمود. برای مثال، طرفین می‌توانند شخصی را که کمتر از ۲۵ سال سن دارد به عنوان داور تعیین نمایند و منع اصولی هم ندارد اما تعیین فرد ذینفع، با اصول اولیه قضاوت مغایرت دارد و در این موارد، مفهوم مخالف نمی‌تواند حجت باشد. قرینه بر اینکه قید «تراضی طرفین»، فاقد حجیت تام و غیرقابل اعمال در همه بندهای این ماده است، اشاره بند ۴ است که مقرر می‌دارد: «کسانی که قییم یا کفیل یا وکیل یا مباشر امور یکی از اصحاب دعوا می‌باشند یا یکی از اصحاب دعوا مباشر امور آنان باشد»، حال آن که براساس ماده ۴۸۱ قانون مذکور، داوری با حجر (که یکی از علل تعیین قییم است) منتفی می‌شود و نوبت به تعیین داور توسط دادگاه نمی‌رسد و در این صورت، قطعاً هیچ کس با استفاده از مفهوم مخالف ماده ۴۶۹، به امکان داوری برای مجبور با «تراضی طرفین» یا قییم طرف پایبند نخواهد بود!

چهارم - بی‌گمان بعد از وقوع اختلاف، طرفین با آزادی عمل بهتری می‌توانند در خصوص روابط حقوقی خود توافق نمایند، که ارجاع به داوری نیز از این موارد است. دور از منطبق عقلایی است که بعد از اختلاف، طرفین بر داوری شخصی توافق نمایند که از نتیجه دعوا نفع می‌برد. قبل از اختلاف نیز، طرفین نوعاً تصور نمی‌کنند که فرد در اختلاف، نفع داشته باشد یا اساساً اختلافی حاصل آید تا نیازمند داوری باشد و اگر هم به هر دلیل چنین توافقی صورت گرفت، به جهت برخورد با نظم عمومی، فاقد اعتبار است. قرینه بر این امر، تصریح ماده ۴۵۶ قانون مذکور^۱ و نیز بند ۱ ماده ۱۱ قانون داوری تجاری بین‌المللی^۲ است که ارجاع به داوری شخصی را که دارای تابعیت طرف مقابل است، پیش از تحقق دعوا، منع می‌کند.

۱. ماده ۴۵۶: «در مورد معاملات و قراردادهای واقع بین اتباع ایرانی و خارجی، تازمانی که اختلافی ایجاد نشده است طرف ایرانی نمی‌تواند به‌نحوی از انحاء ملتزم شود که در صورت بروز اختلاف حل آن را به داور یا داوران یا هیأتی ارجاع نماید که آنان دارای همان تابعیتی باشند که طرف معامله دارد. هر معامله و قراردادی که مخالف این منع قانونی باشد در قسمتی که مخالفت دارد باطل و بلا اثر خواهد بود».

۲. بند ۱ ماده ۱۱: «طرف‌های اختلاف می‌توانند با توجه و رعایت مقررات بندهای (۳) و (۴) این ماده در مورد روش تعیین داور توافق نمایند. طرف ایرانی نمی‌تواند مادامی که اختلاف ایجاد نشده است به‌نحوی از انحاء ملتزم شود که در صورت بروز اختلاف ←

پنجم- با توجه به مردد بودن مفهوم مخالف ماده ۴۶۹ و ضرورت تفسیر منطقی آن، این امکان نیز وجود دارد که با توجه به خصوصیات داور اختصاصی،^۱ منظور از «تراضی طرفین» در تعیین داور ذینفع، منصرف و محدود به داور اختصاصی باشد، زیرا در مورد داور اختصاصی، فعلاً رویه بر این است که داور می‌تواند ذینفع یا همزمان، شاهد و کارشناس یا مطلع از موضوع باشد، اما تعیین داور مشترک ذینفع (در هیأت داور) یا تنها داور ذینفع موجود، فاقد منطق حقوقی است و قطعاً برخلاف نظم عمومی محسوب می‌شود.^۲

۱.۲. وصف «ثالث» بودن داور

هیچ شخصی نمی‌تواند قاضی یا داور اختلاف خود باشد. داور باید شخصی خارج از اختلاف و درواقع، شخصیتی جدا از طرفین داشته باشد که امری غیر از بی طرفی و استقلال است. شمول این قاعده با همه بدهت، در برخی موارد، خالی از تردید نیست. ثالث بودن در مورد اشخاص حقیقی با تغایر شخصیتی آنها محرز می‌شود و کسی هم در آن تردید ندارد، اما در مورد شخصیت‌های حقوقی، نظیر شرکت تجاری، ثالث به چه کسی اطلاق می‌شود؟ آیا توافق درباب داور یکی از ارگان‌های شرکت مانند هیأت مدیره، یا کارمندان شرکت یا بازرس و ... حداقل در مورد داور مشترک (سر داور) یا تنها داور طرفین، صحیح است؟ ممکن است گفته شود حتی در بالاترین وابستگی و تبعیت بین اشخاص حقیقی و شرکت (مانند هیأت مدیره) نیز به دلیل تفاوت

→ حل آنرا به داور یکی چند نفر مرجوع نماید که آن شخص یا اشخاص دارای همان تابعیتی باشند که طرف یا اطراف وی دارند».

1. Party-appointed arbitrator.

۲. انتخاب داور توسط طرفین با اصولی مانند برابری طرفین، بی طرفی داور و استقلال او همراه است و اگر این اصول منقلب شوند، یا مفهوم داور شکل نمی‌گیرد و البته ممکن است عنوان دیگری باید یا انتخاب داور، برخلاف نظم عمومی شمرده خواهد شد. دیوان کشور فرانسه نیز بر این برابری ها، با ضمانت اجرای نظم عمومی تأکید کرده است:

Jenkins, Jane, Stebbings, Simon, *International Construction Arbitration Law*, Kluwer Law International, Netherland, 2006, P. 165.

در تبیین شرایط داور، پیش از هر شرطی بر فقدان نفع و عدم ارتباط با یکی از طرفین تأکید شده است:

Stephenson, Douglas. A., *Arbitration Practice in Construction Contracts*, Routledge publication, London, 2003, P. 27.

همچنین آزادی طرفین در انتخاب داور، در جایی که این انتخاب از اسباب بطلان آتی رأی است، محدود می‌شود. ارتباط داور با موضوع مورد اختلاف (نفع داور) از این موارد است. دادگاهی در سوئیس، شخصی را که در تنظیم پیش نویس قرارداد طرفین، که اختلاف هم متعاقباً از آن ناشی شد، را به عنوان داور قبول نکرد:

Poudret, Jean-François, Besson, Sébastien, *Comparative Law of International Arbitration*, Sweet & Maxwell, Zurich, 2007, PP. 338- 353.

شخصیت‌ها، داوری آنها منعی ندارد، زیرا اعضای هیأت مدیره، ثالث محسوب می‌شوند؛ بنابراین، به طریق اولی، افرادی در رده پایین‌تر مانند مدیر حقوقی شرکت می‌تواند داور اختلاف شرکت و طرف دیگر باشد. با این حال، داوری این افراد از منظر حقوق داوری پذیرفته نیست، زیرا: نخست- اگر تنها به تفاوت شخصیت حقیقی و حقوقی توجه شود و دیگر قواعد داوری در این تحلیل مورد توجه نباشد، بی‌گمان در مورد شخص حقوقی هیچ‌گاه وصف ثالث بودن مطرح نمی‌شود (با فرض امکان داوری شخص حقوقی) و تنها ویژه اختلاف اشخاص حقیقی خواهد بود و حال آنکه اگر داور برای حل اختلاف دو شخص حقوقی انتخاب شده باشد، اصولاً باید تابع همان قواعد مقرر مانند استقلال داور، بی‌طرفی، ثالث بودن، فقدان نفع و ... باشند.

دوم- با قبول این مسأله که داور نباید وحدت شخصیتی با طرف اختلاف داشته باشد، این مفهوم را باید براساس ذات شخصیت حقیقی و حقوقی افراد بررسی کرد. ماده ۵۸۸ قانون تجارت^۱ از وحدت قواعد این دو شخص یاد می‌کند و موارد استثنای آن را (مانند روابط غیرمالی پدر و فرزندی) باید به نحو مضیق تفسیر کرد. اینکه داور اختلاف دو شرکت باید شخص ثالث باشد، به این معناست که لزوماً افراد حقیقی‌ای که عهده دار داوری می‌شوند، نسبت به وظایف سازمانی شخص حقوقی، شخصیتی مستقل داشته و با شرکت، عجین نشده باشند. بنابراین، ارگان‌های رسمی شرکت مانند همه یا برخی از اعضای هیأت مدیره، بازرس، مدیران و نمایندگان حقوقی، تا زمانی که به اعتبار شرکت فعالیت دارند، ثالث محسوب نمی‌شوند. توافق به داوری این عده، قبل یا بعد از اختلاف صحیح نیست. این ممنوعیت، نه به اعتبار داشتن نفع یا فقدان بی‌طرفی و ...، بلکه به جهت ثالث نبودن است. قضاوت این افراد، در یک منطبق ساده عرفی مورد تأیید نیست و حقوق داوری نیز قاعده‌ای در تأیید آن ندارد. هدف از داوری، رفع اختلاف است و ارجاع دعوا به شخصی که وحدت عرفی با شخصیت شرکت دارد، سرآغاز یک اختلاف تازه است و هر توافقی که در ذات خود اینگونه باشد، برخلاف نظم عمومی خواهد بود.

۱. ماده ۵۸۸: «شخص حقوقی می‌تواند دارای کلیه حقوق و تکالیفی شود که قانون برای افراد قائل است مگر حقوق و وظایفی که بالطبع فقط انسان‌ممکن است دارای آن باشند مانند حقوق و وظایف ابوت، نبوت و امثال ذلک».

۱.۳. رویه قضایی

۱. شعبه ۳۵ دادگاه عمومی حقوقی مشهد به موجب دادنامه شماره ۹۴۰۹۹۷۷۵۷۸۵۰۰۴۵ مورخ ۱۳۹۴/۱/۲۴ مقرر می‌دارد: «در ماده ۱۱ قرارداد شرط داوری پیش‌بینی شده و نماینده حقوقی و بازرس شرکت به عنوان اعضای داوری پیش‌بینی شده است و بر همان مبنا مبادرت به صدور رأی نموده‌اند و اینکه در اساسنامه شرکت نحوه حل اختلاف به عنوان عضو و شرکت پیش‌بینی شده و با قرارداد خصوصی نمی‌توان مرجع داوری را تغییر داد زیرا اساسنامه شرکت، قانون بین طرفین است و تا هنگامی که مطابق مقررات اصلاح یا تغییر نیابد بین طرفین لازم‌الاطاعه است و توافق برخلاف آن، توافق برخلاف قوانین امری است و اعتبار ندارد. افزون بر آن، [حتی] اگر شرط داوری مندرج در قرارداد را معتبر بدانیم [بازهم باید گفت که] یکی از اصول حاکم بر داوری آن است که داور علی‌الاصول ثالث محسوب شود و شخصی به جز از طرفین دعوا باشد. در ما نحن فیه اگر چه داوران از اعضا و مجموعه شرکت خوانده می‌باشند و شخصیت حقوقی مستقل از شخصیت اعضای تشکیل دهنده آن دارند، ولی در واقع و عرفاً داوران را نمی‌توان ثالث محسوب نمود زیرا جزو ارکان اداری شرکت خوانده هستند و همچنین این که اگر موضوع به داوران باید ارجاع شود، تعداد داوران باید فرد باشد و تعیین داوران زوج با روح قانون انطباقی ندارد. از طرف دیگر اگر چه داوران در داوری تابع تشریفات نیستند ولی باید اصول دادرسی را رعایت نمایند و یکی از اصول دادرسی، رعایت اصل تناظر است و داوران باید طرفین را دعوت و اظهارات طرفین را استماع نمایند و سپس مبادرت به صدور رأی نمایند. اگرچه داور در لایحه تقدیمی اظهار نموده که خواهان را دعوت و مراتب را به وی تلفنی اطلاع داده است ولی خواهان از حضور و ارائه مدارک خودداری نموده است که ادعای مذکور از جانب خواهان رد شد و مشابه همین ادعا در پرونده‌های شماره کلاسه ... نیز شده است که منطقی نیست که حتی یک نفر از اشخاص مذکور مراجعه نکند و به نظر می‌رسد که ادعای دعوت از خواهان صحیح نباشد و بر فرض صحت آن، ابلاغ ارائه مدارک و عدم حضور خواهان موجب رعایت اصل تناظر نمی‌شود چرا که داوران باید در وقت یکسانی طرفین را دعوت نموده و اظهارات آنها را رو در رو

استماع نمایند و مدارک طرفین را متناظراً بررسی نمایند. بنابه مراتب دادگاه مستند به بند ۱ و ۶ ماده ۴۸۹ قانون آیین دادرسی مدنی، حکم بر بطلان رأی داوران صادر می‌نماید».

۲. شعبه ۱۱ دادگاه تجدیدنظر استان خراسان رضوی به موجب دادنامه شماره ۹۴۰۹۹۷۵۱۳۳۱۰۱۳۷۴ مورخ ۱۳۹۴/۱۱/۲۹ رأی فوق‌الذکر را تأیید و مقرر می‌دارد: «نظریه اینکه مستفاد از مجموع مقررات داوری، داور به عنوان دادرس خصوصی، باید اوصافی داشته باشد که اهم آن ثالث بودن است و این معنا در مورد اشخاص حقیقی، به تغایر شخصیت داور از طرفین است و در اشخاص حقوقی، براساس نظریه ارگانیک که حقوق شرکت‌ها را در آخرین تحلیل، مورد تأیید قرار داده است، می‌بایست شخصی باشد که از ارکان شرکت محسوب نشود و در این مورد، استقلال شخصیت حقیقی داور کافی نیست بلکه در اختلاف شرکت، شخص یا اشخاصی که ارگان شرکت یا یکی از زیرمجموعه‌های آن محسوب می‌شوند یا عرفاً و براساس قواعد بنیادین حقوق داوری مانند استقلال، بی‌طرفی، نداشتن جهات موجهی که در تصمیم‌گیری داور ممکن است مؤثر باشد (نظیر مدیرعامل، مدیر حقوقی و بازرس) نمی‌توانند وصف داور را داشته باشند حتی اگر بی‌طرفانه نیز به موضوع رسیدگی کنند و درواقع، توافق به اینکه اختلاف توسط یکی از طرفین اختلاف حل شود، با شرایط خود می‌تواند از زمره شیوه‌های جایگزین اختلاف (alternative dispute resolution) محسوب شود و در حدود خود رعایت گردد اما الزام داوری را ندارد و چنین توافقی که زمام اختلاف را به یکی از متخاصمین می‌دهد، برخلاف نظم عمومی است و تنها در صورتی معتبر است که طرفین اختلاف بعد از صدور رأی یا اعلام نظر، آن را بپذیرند و براساس انشای تازه‌ای در رابطه با خود معتبر تلقی کنند و نظر به اینکه وصف ثالث بودن داور، متفاوت از ذینفع بودن است، به این معنا که داور نباید یکی از طرفین اختلاف یا ارگان طرف اختلاف باشد و باید عرفاً تغایر شخصیت با طرفین داشته باشد درحالی که ذینفع، می‌تواند ثالث اما منتفع از نتیجه داوری باشد و بنابراین اشاره برخی از مقررات به انتخاب ذینفع، به عنوان داور مرضی الطرفین، صرف نظر از معنا و مفهوم و قلمرو آن و زمان انتخاب و علم و اطلاع طرفین از نفع داور و اینکه چگونه با مقررات مربوط به جرح داور، قابل جمع هستند، اساساً به معنای نادیده گرفتن وصف ثالث بودن نیست درحالی که قبول داوری از طرف بازرس و نماینده یا

مدیر حقوقی یک شرکت، امری فراتر از نفع است و عرفاً معارض با وصف ثالث بودن می‌باشد که براساس مقررات قانونی و اندیشه‌های حقوق داوری نیز مورد قبول نیست و نظریه اینکه داور، ضمن رعایت اصول دادرسی مانند اصل تناظر و رعایت حداقل فرصت دفاع، باید اسباب متعارف این امور مانند اعلام و اطلاع به طرفین را نشان دهد، بدون اینکه تشریفات خاص لازم باشد ولی باید بطور مدلل و متعارف قابل ارزیابی باشند تا در صورت ادعای یکی از طرفین از جلسه داوری یا استماع اظهارات و مانند آن، دادگاه در مقام کنترل متعارف برآید و نمی‌توان با ادعای امین بودن داور و مانند آن، داور را از ارایه دلیل متعارف در این مورد معاف دانست و کافی بود از طریق ایمیل یا پیامک تلفن همراه یا ارسال نامه یا هر طریق دیگر، دعوت و اطلاع از جلسه مدلل می‌شد و در این پرونده چنین امری رعایت نشده و صرف اظهار دعوت تلفنی که ادعای شفاهی بودن دعوت است، کافی نیست زیرا چنین امری عرفاً از نظر شکل و محتوا، قابل ارزیابی و اطمینان یافت متعارف نمی‌باشد و اگر قرار باشد حداقل شکل ابلاغ (که متفاوت از تشریفات است) نیز توسط داور رعایت نشود، دادگاه در مقام حداقل کنترل قضایی، باید به هر اظهاری از سوی داور مأخوذ شود و ممکن است داور بدون دعوت، به صرف اظهار، چنین امری را ادعا کند و ارزیابی و نفی یا اثبات آن، عرفاً متعذر می‌باشد. و نظر به اینکه حقوق داوری و اندیشه‌های حقوقی نیز این نتیجه را نمی‌پذیرند و نظر به اینکه بی توجهی به قرارداد به عنوان قانون طرفین، از سوی داور یا داوران می‌تواند مصداق نقض قانون موجد حق باشد و قسمت اخیر ماده ۴۷۷ قانون آیین دادرسی مدنی که مقرر می‌دارد: «داوران در رسیدگی و رأی، تابع مقررات قانون آیین دادرسی نیستند ولی باید مقررات مربوط به داوری را رعایت کنند» درواقع، به این مورد نیز اشاره دارد زیرا «مقررات مربوط به داوری» اعم از قرارنامه داوری و شرایط طرفین و قرارداد اصلی است و به موجب بند ۱ ماده ۵ قرارداد، شرکت در صورتی حق فسخ و دیگر ضمانت اجراها را دارد که اخطار معینی به طرف مقابل ارسال دارد و در پرونده دلیلی بر رعایت این امر مشاهده نمی‌شود و نمی‌توان این شرط را نادیده گرفت زیرا این امکان وجود دارد با ارسال اخطار، مخاطب در مقام ایفای تعهدات خود برمی‌آید و به هر حال این اندازه احتمال معقول را می‌توان مصداقی از مقررات موجد حق دانست و نظر به اینکه از لحاظ اصول دادرسی، موردی که نقض رأی

نخستین را ایجاب نماید، ملاحظه نمی‌شود لذا دادگاه با اجازه حاصل از بندهای ۱ و ۶ ماده ۴۸۹ و ماده ۴۷۷ و اصول حقوقی حاکم بر حقوق داورى، ضمن رد تجدید نظر خواهی، رأی تجدیدنظرخواسته را تأیید می‌نماید. این رأی قطعی است.»

۲. جرح عارضی (طاری) داور

از آنجا که هدف اصلی این نوشتار، اثبات تقدم عدالت و بنیادهای اصلی دادرسی بر اراده طرفین است، لازم است یکی دیگر از مسائل داورى که با حاکمیت اراده قابل دفاع اما برخلاف مفاهیم عدالت و اصول دادرسی عادلانه است، با عنوان جرح داور، مورد بررسی قرار گیرد تا مشخص شود آیا می‌توان شخصی را که واجد یکی از جهات جرح است، مانند داشتن دعوی مدنی یا جزایی با یکی از طرفین، به هر علت در ابتدای داورى یا حین آن، به سمت داورى برگزید یا تحقق یک دادرسی عادلانه، مانع از این انتصاب می‌شود و با معلوم شدن جرح، باید داورى شخص را پایان یافته تلقی کرد؟

۲.۱. تحلیل یک روایت

قضاوت علاوه بر دانش ویژه، نیازمند رعایت «ادب قضایی» و دور بودن از هوای نفس است. قرآن در این مورد می‌فرماید: «فَلَا تَتَّبِعُوا الْهَوَىَٰ أَنْ تَعْدِلُوا» (نساء: ۱۳۵). یعنی: به هنگام قضاوت، از هوای نفس تبعیت نکنید تا سبب شود از حق رویگردان شوید.^۱ در روایتی مشهور در باب آداب قضاوت آمده است که قاضی نباید در حالت خشم، قضاوت نماید^۲ که البته هرآنچه در حکم غضب است مانند گرسنگی، تشنگی، غم و شادی شدید نیز از همین حکم تبعیت می‌کند. این خشم و غضب می‌تواند هیچ ارتباطی با اصحاب دعوا نداشته باشد و از این رو، چنین قضاوتی حرام نیست و در عین مکروه بودن،^۳ قضاوتی صحیح تلقی می‌شود.^۴ در عین حال، ممکن است غضب،

۱. حلی، مقداد، کنز العرفان فی فقه القرآن، جلد ۲، قم، ترجمه بخشایشی، عبد الرحیم، نشر نوید اسلام، چاپ: اول، ۱۳۸۵، ص ۹۱۴.

۲. «مَنْ اِتَّبَعَ الْهَوَىَٰ بِالْقَضَاءِ فَلَا يَقْضِي وَ هُوَ غَضْبَانٌ». کلینی، پیشین، ص ۴۱۳؛ ابن بابویه قمی، پیشین، ص ۱۱.

۳. شیخ طوسی، پیشین، ص ۸۸.

۴. «و حیث یتخالف القاضی و یقضي فی إحدى الأحوال المشغلة ینفذ قضاؤه و إن فعل مکروها، إذا وقع علی وجه الحق، عملاً بالأصل، و فی الخبر دلالة علیه». عاملی (شهید ثانی) زین الدین، مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، جلد ۱۳، قم: مؤسسه المعارف الإسلامیة، چاپ اول، ۱۴۱۳ ه.ق، ص ۳۸۱.

ناشی از اقدامات یکی از اصحاب دعوا باشد که در این صورت اگر به دادرسی یا یک طرف غضب، اطلاق «خصم» صحیح باشد، حکم قاضی نافذ نخواهد بود، زیرا براساس قاعده «لا ینفذ حکم من لا یقبل شهادته علی المحکوم علیه»، قضاوت نسبت به فردی که علیه او، شهادت مسموع نیست مانند دشمنی و خصومت با شخص، صحیح نخواهد بود، حتی اگر حکم بر مبنای ادله صادر شده باشد، زیرا قضاوت مستلزم دقت نظر در دلایل، دور بودن از اتهام و رد تسامح است و هیچ اطمینانی نیست که با وجود دشمنی، چنین شرایطی تحقق یابد.^۱

ممکن است در داوری، رعایت تمام قواعد مربوط به ادب قضایی و تشریفات مقرر مانند زمان و مکان قضاوت، لازم نباشد،^۲ اما عدالت ورزی و دور بودن از هوای نفس، امری بایسته است و اگر ثابت شود که داور، رأی خود را بدون رعایت این رکن معنوی صادر کرده، شایسته ابطال است. به نظر می‌رسد عدالت ورزی نیازی به اثبات ندارد و تنها باید موانع آن را مدلل کرد. گاه شرایطی در داور جمع می‌شود یا اقداماتی انجام می‌گیرد که به وضوح یا نوعاً دلالت بر نقض برابری، بی طرفی و عدالت ورزی دارد. در این صورت، مسئولیت حرفه‌ای داور ایجاب می‌کند، خود از ادامه کار منصرف شود و در صورت عدم انصراف نیز مراجع قضایی باید کنترل لازم نسبت به رأی او به عمل آورند. بموجب ماده ۱۲ قانون داوری تجاری بین‌المللی ۱۳۷۶: «۱- داور در صورتی قابل جرح است که اوضاع و احوال موجود باعث تردیدهای موجهی در خصوص بی طرفی و استقلال او شود و یا اینکه 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 هر گونه اوضاع و احوالی را که موجب تردید موجه در مورد بی طرفی و استقلال او می‌شود، افشا نماید. داور باید از موقع انتصاب به عنوان داور و در طول جریان داوری

۱. «و إن كان بالبیّنه لأنّ له الاستقصاء فی دقائق أداء الشهاده و الردّ بالتهمة و له التسامح» حلی، حسن بن یوسف، **تحریر الأحکام الشرعیة علی مذهب الإمامیة**، جلد ۲، مشهد: مؤسسه آل‌البتیت علیه‌السلام لإحياء التراث، چاپ اول، ۱۴۲۰ هـ.ق، ص ۱۸۱.
۲. اصول راهبردی یا اساسی یا عناوینی از این دست که تضمین کننده عدالت و برابری بین طرفین هستند و طریق رسیدن به حق را نیز قابل اعتماد می‌سازند، در هر حال باید رعایت شود:

Kurkela, Matti, Turunen, Santtu, yliopisto, Helsingin, **Due Process in International Commercial Arbitration**, Oxford University Press, London, 2010, PP. 1-14.

نیز بروز چنین اوضاع و احوالی را بدون تأخیر به طرفین اطلاع دهد، مگر اینکه قبلاً آنان را از اوضاع و احوال مذکور مطلع نموده باشد».

جرح داور با رد دادرسی و کارشناس، به عنوان سه بازوی حرفه‌ای که عهده دار حل و فصل موضوعات هستند، قابل مقایسه است. به باور ما، دایره شمول جرح داور نسبت به دادرسی، وسیع‌تر است، زیرا در قضاوت رسمی، طرفین مکلف به مراجعه به دادرسی هستند و هیچ سهمی در انتخاب او ندارند ولی داور، منتخب آنهاست (مستقیم یا غیرمستقیم) و انتخاب او باید با شرایط دلخواه، منطبق باشد. از این رو، مقنن، فقدان «اوصافی که مورد توافق و نظر طرفین بوده است» را نیز به موارد جرح عمومی اضافه کرده است. بنابراین هر اتفاقی که در طول داوری رخ دهد و نوعاً یا شخصاً، عدالت را به مخاطره اندازد، بر مسئولیت داور تأثیرگذار خواهد بود و در محدوده کنترل قضایی دادگاه نیز قرار می‌گیرد. بندهای ۶ و ۷ ماده ۴۶۹ ق.آ.د.م. به پاره‌ای از موارد جرح در مقام انتخاب توسط دادگاه تصریح دارد: «۶- 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 حال دادرسی کیفری داشته باشند؛ ۷- کسانی که خود یا همسرانشان و یا یکی از اقربای سببی یا نسبی تا درجه دوم از طبقه سوم او با یکی از اصحاب دعوا یا زوجه و یا یکی از اقربای نسبی یا سببی تا درجه دوم از طبقه سوم او دادرسی مدنی دارند». منظور از «دادرسی» معنای خاص یعنی اقامه دعوا است و نباید چنین گفت که صرف اختلاف و دعوا به معنای واقعی و قبل از تحرک و اقامه، مانع داوری می‌شود هر چند که با شرایطی ممکن است چنین داوری، خارج از شرایط طرفین و مصداق جرح باشد. منظور از «مدنی»، در مقابل جزایی و اعم از مدنی به معنای خاص، دادرسی اداری و نیز دادرسی نزد مراجع اختصاصی است. اگر این اوصاف در زمان تعیین داور، محقق باشد، بی‌گمان انتخاب او ممنوع است مگر اینکه طرف ذینفع، راضی باشد. اما اشکال در جایی است که بعد از آغاز داوری، این دعاوی رخ دهد و اختلاف یکباره شروع شود. برای مثال بین داور و یکی از طرفین، نزاعی رخ می‌دهد، الفاظ موهن یا افعال مجرمانه یا حتی غیرمجرمانه برخلاف نزاکت، به نحوی که دلالت بر دشمنی و کدورت نماید، صورت می‌گیرد. آیا در این مورد، داور باید از سمت خود کناره‌گیری نماید؟ اگر اقدامات مذکور و فضای درگیری، تعمدی باشد و یکی از طرفین آن را اسباب سوءاستفاده قرار دهد تا داوری را به بن‌بست بکشاند یا داور

مورد نظر خود را در نهایت به کرسی نشاند آیا بازهم مسئولیت داور پایان می‌یابد؟ از منظر مبنای جرح، که اجتناب از نقض عدالت و اعتماد مشروع است، آیا تفاوتی در علت نزاع وجود دارد؟ به عبارت دیگر اگر حتی ثابت شود یکی از طرفین با سوءاستفاده، فضایی سنگین و توأم با سوءظن برای داور فراهم آورده، در این صورت اگر هدف از مقررات جرح، عدالت و اعتمادآفرینی باشد، چه تفاوتی دارد که اسباب نقض این هدف عمدی یا غیرعمدی باشد؟ آیا داور در این مورد نمی‌تواند از هوای نفس تبعیت کرده، درگیری و نزاع را در ذهن پرورش داده و در رأی خود تأثیر دهد؟ و در مقابل، آیا اگر شروع نزاع با سوءاستفاه و به منظور منفعل کردن نباشد نیز داور نمی‌تواند عدالت را کاملاً رعایت کند؟ بنابراین چرا در فرض اخیر باید از سمت داوری کناره‌گیری کند و در حالت اول، لزوماً باید ادامه دهد؟

قواعد داوری در این باب، خالی از ابهام و دو پهلوئی نیست و سهم کنترل‌پذیری دادگاه نیز به تبع آن، مبهم است. ممکن است گفته شود اگر شکایت و اقامه دعوی مدنی یا جزایی از طرف داور باشد، از موارد جرح است و باید استعفا دهد، ولی اگر آغازکننده آن، یکی از طرفین باشد، دلیلی برای جرح نیست. تفاوت بین دادرسی جزایی و مدنی نیز پیشنهاد دیگری است، به این صورت که شکایت جزایی، از طرف هر شخص که باشد، مانع ادامه داوری است اما شکایت غیرجزایی اثری ندارد اعم از اینکه خواهان آن، داور یا یکی از طرفین باشد باز ممکن است گفته شود که داوری ادامه یابد و اگر رأی داور به سود طرفی باشد که با داور نزاع داشته، صحیح و اگر علیه او باشد، قابل ابطال است. با این حال، هیچ یک از این نظرات قاطع نیست، زیرا ممکن است شکایت جزایی تأثیر قابل توجهی نداشته باشد، مانند اختلاف ناشی از وجه چک که نسبت به آن دعوی جزایی اقامه می‌شود، حال آن که یک دادرسی مدنی، بی‌طرفی و عدالت را آشکارا تحت تأثیر قرار داده. همچنین بحث در مورد تحقق و قانونی بودن داوری است و نباید منتظر صدور رأی ماند تا گفته شود برحسب مورد، اگر رأی له یا علیه شخص باشد، می‌توان جرح را پذیرفت یا رد کرد. آغاز دعوا نیز اثر چندانی ندارد، زیرا آثار و تبعات دعوا، مهم‌تر از شروع آن می‌باشند.

نتیجه‌گیری از این مسأله دشوار است و بهتر است این معیارها بایکدیگر ترکیب شوند. به عبارت دیگر، پاسخ، تابع نفس الامر است. به این صورت که اگر وضعیت، نوعاً یا شخصاً دلالت بر نقض بی‌طرفی و عدالت ورزی داشته باشد، رأی داور که به ضرر «خصم» صادر شده، قابل ابطال است. به عنوان مثال، آغازکردن دعوا و شکایت توسط داور، ماهیت جزایی اختلاف و اهمیت اختلاف و

سطح آن، معیارهای نوعی هستند که بر بی‌طرفی یا تلاش داور برای کشف واقع، اثر می‌گذارند و بنابراین داور در این موارد باید استعفا دهد و اگر رأیی صادر نماید دادگاه باید آن را باطل کند، مگر اینکه خلاف آن (عدم تأثیر این وقایع در فرایند و رأی داور) ثابت گردد. در مقابل، صرف شکایت یکی از طرفین از داور یا شروع دعوی مدنی یا اداری، سبب ممنوعیت یا ابطال رأی او نیست مگر خلاف آن ثابت شود.

۲.۲. رویه قضایی

به موجب دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۷۵۷۸۵۰۱۰۴۵ مورخ ۱۳۹۳/۱۱/۵ شعبه ۳۵ دادگاه عمومی حقوقی مشهد: «... نظر به اینکه یکی از اصول حاکم بر داوری که یک دادرسی نزد مرجع قضاوتی خصوصی است، آن است که داور هنگام صدور رأی در مظان اتهام جانبداری نباشد و عداوت دنیایی با یکی از طرفین نداشته باشد. به عبارت دیگر عداوت دنیایی باعث می‌شود که صلاحیت داور را از وی سلب نماید حتی اگر داور در صدور رأی رعایت قوانین را نموده باشد و نظر به اینکه در جلسه داوری بین یک تن از داوران و مدیر عامل خواهان، نزاع صورت گرفته و بر همین مبنا رأی بر محکومیت نیز صادر شده است ... لذا رأی داور (سرداور) بی‌اعتبار است. از طرف دیگر چون نظرات داوران اختصاصی با هم تعارض دارد به نحوی که داوران اختصاصی به نفع طرفی که آنها را منصوب نموده، رأی داده‌اند لذا این آرا نمی‌تواند ملاک عمل قرار گیرد».

نتیجه‌گیری

توافق اشخاص برحسب وضعیت‌های متفاوت، معتبر یا بی اعتبار است. در حقوق داورى، توافقی که بعد از وقوع اختلاف واقعی باشد، از قوت بسیار برخوردار است زیرا شخص با رعایت منافع و دعوائی واقعی، شرایط آن را قبول می‌کند، اما در صورتی که هنوز اختلافی رخ نداده باشد، التزام به هر نوع توافقی در مورد داور به عنوان یکی از ارکان داورى، چندان با مفهوم برتر عدالت، همسویی ندارد و در برخی موارد، به نقض آشکار اصول آن می‌انجامد. انتخاب شخصی که مستقیماً در دعوا ذینفع است یا وابستگی ارگانی با یکی از طرفین اختلاف دارد، پیش از حصول اختلاف، از این موارد است. همچنین مطابق یک تحلیل، نباید این شخص را مطلقاً، اعم از اینکه قبل یا بعد از تحقق اختلاف باشد، به داورى برگزید؛ زیرا درواقع، توافق نسبت به قضاوتی است که نتیجه آن غالباً از پیش معلوم است: محکومیت احتمالی بدون رعایت دلایل و اصول دادرسی قواعد برتر عدالت، این توافق را نمی‌پذیرد و دادگاه‌ها نیز نباید خود را از این نهیب دور نگهدارند. برای مبارزه با توافقاتی که ذهن عدالت خواه از آن گریزان است، وسیله استدلال و موجه کردن تصمیم برای دادرس فراهم است. روایات متعددی که در باب قضا وارد شده و هدف طرفین از داورى، که مراجعه به شخص بی‌طرف و خالی از اغراض نوعی و نفع در نتیجه اختلاف است، به خوبی دادرس را یاری می‌دهد تا مانع از شکل‌گیری و اجرای چنین آراییی شود. ایراد نشود که درک عدالت به دلیل مفهومی، آسان نیست یا همگان بر آن تفاهم ندارند! زیرا در بسیاری از متون در دسترس نیز تفاهم وجود ندارد، با این حال، اصل ۷۳ قانون اساسی و دیگر قوانین، قاضی را از تفسیر منع نمی‌کند. در این مورد نیز می‌توان امیدوار بود که تفاهم عمومی و غالب در باب عدالت و نقض آن، وجود دارد و اگر در مواردی نیز دیدگاه‌ها متفاوت بود، نباید اصل کنترل‌پذیری را کنار گذارد. «رأی داور باید نوعاً به دور از پرتگاه‌هایی صادر شود که بطور معقول، آن را مردد می‌کنند». توجه به این معیار، بازگشت به مفهوم برتر عدالت است و اختلاف نظر در تطبیق آن، مانند هر مسأله قضایی دیگر، ناپسند نخواهد بود. در حقوق داورى بسیاری از کشورها، نقض «نظم عمومی» یکی از اسباب مهم ابطال رأی داور محسوب می‌شود، بدون اینکه ایرادی از جهت ابهام آن وجود داشته باشد. به نظر می‌رسد مواردی مانند داورى شخص ذینفع، برخلاف نظم عمومی است و ذهن عدالت خواه دادرس، با این ابزار نیز می‌تواند رأی داور را کنترل نماید.

فهرست منابع

الف) منابع فارسی و عربی

۱. ابن بابویه قمی (شیخ صدوق)، محمد، *من لایحضره الفقیه*، جلد ۳، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ دوم، ۱۴۱۳ ه.ق.
۲. حلی (علامه) حسن بن یوسف، *تحریر الأحكام الشرعية علی مذهب الإمامية*، جلد ۲، مشهد، مؤسسه آل البیت علیه السلام، چاپ اول، ۱۴۲۰ ه.ق.
۳. حلی (علامه)، حسن بن یوسف، *قواعد الأحكام في معرفة الحلال و الحرام*، جلد ۳، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۱۳ ه.ق.
۴. حلی (علامه)، حسن بن یوسف، ۱۴۱۰ ه.ق، *إرشاد الأذهان إلى أحكام الإيمان*، جلد ۲، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۱۰ ه.ق.
۵. حلی، مقداد، *کنز العرفان في فقه القرآن*، جلد ۲، قم، ترجمه بخشایشی، عبد الرحیم، نشر نوید اسلام، چاپ: اول، ۱۳۸۵.
۶. خدابخشی، عبدالله، *حقوق داوری و دعاوی مربوط به آن در رویه قضایی*، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ سوم، ۱۳۹۳.
۷. خدابخشی، عبدالله، *مبانی فقهی آیین دادرسی مدنی و تأثیر آن در رویه قضایی*، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ اول، ۱۳۹۰.
۸. طوسی (شیخ)، ابوجعفر، *المبسوط في فقه الإمامية*، جلد ۸، تهران: المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية، چاپ سوم، ۱۳۸۷ ه.ق.
۹. طوسی (شیخ)، ابوجعفر، *تهذيب الأحكام*، جلد ۶، دارالکتب الإسلامية، چاپ چهارم، ۱۴۰۷ ه.ق.
۱۰. عاملی (شهید ثانی) زین الدین، *مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام*، جلد ۱۳، قم: مؤسسه المعارف الإسلامية، چاپ اول، ۱۴۱۳ ه.ق.
۱۱. کلینی، ابوجعفر، *الكافي*، جلد ۷، تهران: دار الکتب الإسلامية، چاپ چهارم، ۱۴۰۷ ه.ق.

ب) منابع خارجی

12. Jenkins, Jane, Stebbings, Simon, *International Construction Arbitration Law*, Kluwer Law International, Netherland, 2006.
13. Kurkela, Matti, Turunen, Santtu, yliopisto, Helsingin, *Due Process in International Commercial Arbitration*, Oxford University Press, London, 2010.
14. Poudret, Jean-François, Besson, Sébastien, *Comparative Law of International Arbitration*, Sweet & Maxwell, Zurich, 2007.
15. Stephenson, Douglas. A., *Arbitration Practice in Construction Contracts*, Routledge publication, London, 2003.